



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
Main Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Celsus und Julian zum Edikt si certum petetur - Bemerkungen zu Prozess und "Aktionendenken"

Babusiaux, Ulrike

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-72422>
Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2012). Celsus und Julian zum Edikt si certum petetur - Bemerkungen zu Prozess und "Aktionendenken". In: Baldus, Christian. Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani: Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011). Trento: Università degli Studi di Trento, 367-431.

CELSUS UND JULIAN ZUM EDIKT *SI CERTUM
PETETUR* - BEMERKUNGEN ZU PROZESS UND
«AKTIONENDENKEN»

Ulrike Babusiaux
(Zürich)

I. Einleitung

Wenn man untersucht, inwieweit sich die Rechtsfindung einzelner römischer Juristen für uns erkennbar unterscheidet, ist als Vorfrage auszuloten, welche Grenzen der juristischen Individualität durch das sogenannte «Aktionendenken» und durch die Orientierung am Prozess gesetzt sind. Bei der Suche nach einer näheren Charakterisierung dieser – vermeintlichen – römischen Eigenart¹ stösst man rasch auf Widersprüche und Unklarheiten. Kleinster gemeinsamer Nenner all dieser Definitionen dürfte die Vorstellung sein, dass sich die klassischen römischen Juristen bei ihrer Entscheidungsfindung von der Prozessformel leiten lassen:

«Es ist eine triviale These, daß das materielle Recht ohne ständigen Blick auf das Prozeßrecht unverständlich bleibt; ebenso trivial ist die These, daß die Vernetzung von materiellem Recht und Prozeßrecht im römischen Recht eher noch dichter war als in den modernen kontinentaleuropäischen Rechten. Wie viele Trivialitäten hat

¹ Keinesfalls nur römische Eigenart vgl. H. PETER, *Actio und writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957.

aber auch diese die Tendenz, in der Praxis übersehen zu werden»².

So verstanden erinnert der Begriff «Aktionendenken» daran, die Voraussetzungen eines Rechtsinstituts nicht in der Norm, sondern in der entsprechenden *actio* zu suchen. Damit verbunden ist die Mahnung, die Auswirkungen des «aktionenrechtlichen Denkens» nicht allgemein zu postulieren, sondern in jedem Einzelfall zu prüfen³. Daher soll auch hier die Frage im Mittelpunkt stehen, ob und inwieweit die Orientierung an der Klageformel die rechtliche Argumentation und die schriftstellerische Freiheit der römischen Juristen begrenzt.

Schon ein erster Blick auf die verschiedenen Werkgattungen zeigt die grosse Bedeutung des prätorischen Ediktes auch für die wissenschaftliche Beschäftigung der Juristen mit dem Recht. So ist – wie Lenels Rekonstruktion gezeigt hat – die ediktale Ordnung nicht nur Grundlage der Kommentare zum Edikt. Vielmehr dient sie auch als Grundgerüst des sogenannten Digestensystems⁴, in dem die Kasuistik im ersten Teil nach dem Edikt, im zweiten Teil nach sonstigen *leges* und Senatsbeschlüssen angeordnet ist⁵. Allerdings beschränkt sich unsere Kenntnis der republikanischen und frühklassischen Werke auf

² D. NÖRR, *Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht*, in T.J. CHIUSI, W. KAISER, H.-D. SPENGLER (a cura di), *Historia Iuris Antiqui*, II, Goldbach 2003, 1731.

³ Vgl. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Mailand, 1990, 273, 378 f.: «l'influenza dell'aktionenrechtliches Denken»... deve andar provata di caso in caso». Wohl weitergehend M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae: ein Beitrag zum 'aktionenrechtlichen Denken' im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, 48-98 mwN.

⁴ Vgl. dazu nur D. LIEBS, *Jurisprudenz*, in R. HERZOG, P. L. SCHMIDT, K. SALLMANN (a cura di), *Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike*, IV, München, 1997, 100.

⁵ Weitergehend F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, 233f.: «Nicht nur in den *libri ad edictum*, sondern auch in andern Schriften (...) knüpfen die Klassiker an das Edikt an, indem sie dem System des Edikts folgen, und man könnte daher hier überall von mehr oder minder freien ‚Kommentaren zum Edikt‘ sprechen».

wenige Zitate und vereinzelte Fragmente⁶. Erst für Celsus und Julian fließen die Quellen reicher, so dass sich der Vergleich für die Früh- und Hochklassik auf diese beiden Juristen beschränken muss⁷. Da beide keine Ediktskommentare vorlegen, sondern *libri digestorum*, sind die Grenzen der Untersuchung auch insoweit durch die Überlieferungslage bestimmt.

Eine vergleichende Betrachtung der beiden wichtigsten Hochklassiker ist nichts Neues, sondern wurde bereits unter verschiedenen Vorzeichen und Perspektiven vorgenommen⁸. An dieser Stelle soll aber der bisher kaum untersuchten Frage nachgegangen werden, wie sich die Formelprägung des römischen Rechts auf Themenstellung und Argumentationsweise der beiden Werke auswirkt, wobei im hier bestimmten Rahmen eine derartige Untersuchung nur exemplarisch möglich ist. Zu diesem Zweck sind die Fragmente⁹, die aus beiden Schriften zum Edikt *si certum petetur* überliefert sind, in ihrer Thematik (II-III) und Argumentation (IV) gegenübergestellt, bevor die (vorläufigen) Ergebnisse (V) dieses Vergleichs zu formulieren sind.

⁶ P. Alfenus Varus, *digestorum libri XL*, Pal. 1-74 (davon 3 indirekte Zitate aus dem ursprünglichen Werk, die übrigen aus Epitome); Titius Aristo, *digesta*, Pal. 2 (ein Fragment). Von Labeos Ediktskommentaren bleiben nur: M. Antistius Labeo, *ad edictum praetoris [peregrini]*, Pal. 4 (ein Fragment); *ad edictum praetoris urbani*, Pal. 5 (ein Fragment); ebenso gering: Masurius Sabinus, *ad edictum praetoris urbani*, Pal. 1 (ein Fragment); Servius Sulpicius Rufus, *ad edictum (ad Brutum)*, Pal. 4 (ein Fragment). Wenig ergiebig, da nur indirekt überliefert ist Sextus Pedius, *ad edictum praetoris et edictum curulium*, Pal. 1- 50; ohne Vergleichsmöglichkeit bleibt Cn. Arulenus Caelius Sabinus, *ad edictum aedilium curulium*, Pal. 1-7.

⁷ Allgemeine Statistik zur Verwendung des Celsus in der Kompilation bei H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in *ANRW.*, II.15, New York-Berlin, 1976, 384 Fn. 9.

⁸ Aus der jüngeren Zeit vgl. v.a. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Neapel, 1979, bes. 101-222; DERS. *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Mailand, 1987, bes. 105-159; DERS. *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Turin, 1989, 49f., 85-126.

⁹ Julian: Iul. Pal. 147-163; Celsus: Cels. Pal. 41-58.

II. Die Digestenwerke zu *si certum petetur* im thematischen Vergleich

Nach Lenel besteht die Rubrik *si certum petetur* aus vier Teilen¹⁰: Auf das Edikt über die Eideszuschreibung¹¹ folgt die Formel der *condictio certae pecuniae*¹², an die sich die *sponsio* und *restipulatio tertiae partis* anfügen. An letzter Stelle steht die Formel der *condictio certae rei*¹³. Beide *condictiones* sind aus der Überlieferung gut rekonstruierbar. Die *condictio certae pecuniae* lautet: *Iudex esto. S. p. Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia dare oportere, iudex Nm Nm Ao Ao sestertium decem milia c.s.n.p.a.* Die der *condictio certae rei*: *S. p. Nm Nm Ao Ao tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, t.p. Nm Nm Ao Ao c. s.n.p.a.*¹⁴ Die von Lenel vorgelegten Rekonstruktionen seien hier ohne weitere Diskussion bei der Untersuchung der Digestenwerke zugrundegelegt¹⁵. Der chronologischen Reihenfolge entsprechend sind dabei zunächst Celsus' *digesta*, sodann Julians *libri digestorum* zu betrachten¹⁶. Auch für die beiden Werke ist Lenels Rekonstruktion in der Palingenesie vorausgesetzt.

¹⁰ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1927³, 232-240.

¹¹ LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 235f.

¹² Vgl. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 237.

¹³ LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 240.

¹⁴ Nicht zu behandeln ist hier die Frage, ob auch die Realkontrakte hierher gehören, vgl. nur B. ALBANESE, *Tre studi celsini*, in M. MARRONE (a cura di), *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 148-162.

¹⁵ Insbesondere ist von der Identität von *condictio* und *actio certae creditae pecuniae* auszugehen, vgl. bereits U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, 2006, 59 Fn. 292 mwN.

¹⁶ D. LIEBS, *Jurisprudenz*, cit., 104 zu Julians *digestorum libri*: «vom Parallelwerk des Celsus herausgefordert und es kräftig überbietend».

1. Celsus

Celsus Darlegungen zum Edikt *si certum petetur* beginnen mit der Beschreibung des Streitgegenstandes, für den Ulpian Celsus' Modifikation der bekannten Regel überliefert: *Melius est dicere id venire in iudicium non de quo actum est ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est ne veniret* (Cels. Pal. 41 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 5.1.61pr.)¹⁷. Die celsinische Formel zielt darauf ab, die Missbrauchsmöglichkeiten, die die abstrakte Formelgestalt der *condictio* bietet, zu vermeiden: Nicht der Kläger soll beweisen müssen, dass eine bestimmte *causa* von der Formel erfasst ist; vielmehr soll der Beklagte beweisen müssen, dass eine *causa*, auf die sich der Kläger beruft, nicht Teil der vorprozessualen Verhandlungen war und daher nicht mitumfasst ist. Weitere formeltechnische Erwägungen fehlen. Die folgenden Fragmente sind vielmehr dem *dare oportere* gewidmet:

So betrifft das unmittelbar folgende Fragment, Cels. Pal. 42 = Cels. 6 *dig.*¹⁸ D. 12.1.32 die Aktivdelegation mit einem Irrtum des Delegatars über die Person des Deleganten. Einzelheiten dazu werden unten zu prüfen sein¹⁹. Cels. Pal. 43 = Cels. 6 *dig.* D. 12.1.42 Cels. behandelt zunächst (*principium*) die Ausfallbürgschaft: Titius hat *ego* zehn durch Stipulation versprochen, woraufhin sich *ego* von Seius *quanto minus a Titio consequi potest* versprechen lässt. Celsus betont, dass die Klage gegen Titius auf zehn, die Bürgschaftsverpflichtung des Seius noch nicht erlöschen lasse, weil andernfalls die bezweckte Sicherung des *ego* gar nicht erreicht werde. Entsprechend werde Seius erst

¹⁷ Zu Pal. 41 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 5.1.61pr. vgl. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 13-25 mwN.

¹⁸ Zur Frage der Inskription (5 *dig.* oder 6 *dig.*) vgl. CHR. KRAMPE, *Celsus bei Ulpian D.2.14.51: Ein ungerechtes Verrechnungs-Pactum*, in J.-F. GERKENS, H. PETER, P. TRENK-HINTERBERGER, R. VIGNERON (a cura di), *Mélanges Fritz Sturm*, I, Lüttich, 1999, 273f.; ausführlich A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio die veteres alle condictiones giustinianee*, Mailand, 2002, 433f. mwN.

¹⁹ Vgl. unten III.1.b.

frei, wenn Titius die Urteilsschuld (auf zehn) erfüllt habe²⁰. Anders sei es im umgekehrten Fall, wenn *ego* den Seius auf das verklage, was er von Titius nicht erlangen könne. Hier könne *ego* von vornherein gegen Titius nur auf das klagen, was er nicht von Seius verlangt habe, was bedeuten dürfte, dass schon die Klageerhebung gegen Seius die Schuld des Titius anteilig erlöschen lässt²¹. § 1 des Fragmentes zitiert einen Ausspruch des Labeo zur Stipulation *decem dari curari*. Der Frühklassiker habe die Klage gegen den *promissor* auf Leistung von zehn abgelehnt, denn die versprochene Schuld könne auch durch Stellung einer hinreichend zahlungsfähigen anderen Person erfüllt werden. Celsus erklärt (*significat*) diese Lösung des Labeo damit, dass der *promissor* nicht gezwungen werden könne, sich auf die Klage einzulassen, wenn er einen zahlungsfähigen Dritten anbiete²².

Einen längeren Bericht aus Ulpian's Ediktskommentar bildet Cels. Pal. 44 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.6-8. Im ersten Teil (§ 6) zitiert Ulpian Celsus zu dem Sklaven, der glaube, frei zu sein, wenn er zehn zahle. Stelle sich heraus, dass diese Bedingung nicht existiere, könne er nach Celsus die gezahlten zehn vom Herrn mittels *condictio* herausverlangen. Hieran schliesst sich der Fall des § 7 an, in dem der Sklave im Testament gegen Zahlung von zehn (an den Erben), im Kodizill aber

²⁰ Dazu im Einzelnen L. DE SARLO, *Saggi sulla dottrina della causa petendi nel diritto romano*, in *BIDR.*, 51/52, 1948, 134; A. BISCARDI, *Esquisse d'une histoire critique de la 'litis contestatio'*, in *RHD.*, 33, 1955, 8f.; zuletzt A. SALOMONE, *Iurisdic-tio*, in *Index*, 25, 1997, 403f.

²¹ Vgl. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Turin, 1968, 131f. Ob damit nur die *exceptio* oder schon die Klagereduktion gemeint ist, bleibt offen wie D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, 25 Fn. 34 zur Stelle hervorhebt.

²² Vgl. auch Ulp. 2 *ad ed.* D. 45.1.67.1: *Eum, qui "decem dari sibi curari" stipula-tus sit, non posse decem petere, quoniam possit promissor reum locupletem dando liberari, Labeo ait: idque et Celsus libro sexto digestorum refert.* Zu Pal. 43 = Cels. 6 dig. D. 12.1.42.1 vgl. P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in *SDHI.*, 42, 1976, 215.

unbedingt freigelassen wurde²³. Celsus *pater* habe entschieden, dass die Zahlung nicht kondiziert werden könne, während Celsus *filius naturali aequitate motus* dem Sklaven die Kondiktion der zehn eingeräumt habe. Ulpian stimmt Celsus *filius* zu, betont aber dass Celsus *pater* insoweit Recht habe, dass enttäuschte Erwartungen nicht zum Rückzahlungsanspruch führen könnten. Eine weitere Steigerung erfährt die Problematik in § 8, in dem Ulpian den Scharfsinn des Celsus für den Fall lobt, dass ein Sklave glaubte, er sei nur gegen Zahlung (bedingt) freigelassen worden, während er in Wahrheit bereits im Testament (unbedingt) freigelassen wurde. Hier habe Celsus die Frage aufgeworfen, ob der Sklave, der die Summe an den Erben zahle, diesem überhaupt Eigentum an den Münzen verschaffen könne. Zahle der Freigelassene nämlich in dem Glauben, noch Sklave zu sein, habe er die Vorstellung, dem Erben nur die Münzen zu zahlen, die diesem ohnehin gehörten. Habe er aber bereits wirksam die Freiheit erlangt, gehörten die Münzen ihm. Dann aber könne der fehlende Wille, sie dem Erben zu verschaffen, zum Scheitern der Übereignung führen. Ulpian prüft dieses Ergebnis an einer Variante, in der der freigelassene Sklave nicht dem Erben, sondern einem Dritten Geld gezahlt hat, da er dies für die Freilassungsbedingung hielt. Auch hier verneint der Spätklassiker den Eigentumsübergang, wenn die Zahlung aus dem Sondergut erfolgte²⁴.

Ebenfalls aus Ulpians Ediktskommentar stammt Cels. Pal. 45 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4.2., in dem Ulpian berichtet, Celsus erteile die *condictio*, wenn der Empfänger sittenwidrig handele. Ein derartiger Sittenverstoss liege zum Beispiel vor, wenn *ego* dem *tu* etwas gezahlt habe, damit *tu* ihn nicht verletze. Noch allgemeiner ist der Bericht Ulpians von der Meinung des Sabinus, der sich Celsus angeschlossen habe: Nach Cels. Pal. 46 = Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12.5.6 soll alles, was

²³ Vgl. auch M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso in Ulp. 26 ad ed. D. 12, 4, 3, 7*, in *BIDR.*, 96/96, 1993/94, 39-41 mwN.

²⁴ Ulp. 7 *disp.* D. 41.1.35; Marcell. 6 *dig.* D. 17.1.49.

jemand aus einem rechtswidrigen Grund (*ex iniusta causa*) erhalten habe, kondiziert werden können.

Von komplementären Meinungen des Celsus und des Labeo berichtet sodann Paulus in Cels. Pal. 47 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.6.6pr.-2. Labeo habe entschieden, dass der Geschäftsherr das Gezahlte zurückverlangen könne, wenn er die Zahlung einer Nichtschuld durch den *procurator* nicht genehmigt habe. Umgekehrt habe Celsus entschieden, der Geschäftsherr könne eine getilgte Schuld nicht zurückverlangen, weil davon auszugehen sei, dass der *procurator* zur Zahlung von tatsächlich existierenden Schulden ermächtigt sei. Eine ähnliche Nuancierung nimmt Celsus auch im spiegelbildlichen Fall vor, in dem der *procurator* eine Nichtschuld entgegennimmt: Während die Zahlung an den *procurator* sofort befreie, wenn die Schuld tatsächlich bestanden habe, könne die Nichtschuld nur dann vom Geschäftsherrn kondiziert werden, wenn er sie genehmigt habe.

Für die Kondiktion der vor Termineintritt vorgenommenen Leistung behandelt Cels. Pal. 48 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.17: Habe ein *promissor*, der *cum moriar dare* versprochen habe, vor dem Todesfall gezahlt, soll nach Celsus, dem Ulpian zustimmt, die Kondiktion ausgeschlossen sein. Aus Pomponius' Sabinuskommentar stammt Cels. Pal. 49 = Pomp. 22 *ad Sab.* D. 12.6.19.4. Hier haben zwei Gesamtschuldner, die insgesamt zehn schuldeten, zwanzig gezahlt. Celsus erkennt jedem die Kondiktion auf fünf zu, da: *quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt*. Die unmittelbar einleuchtende Aufteilung widerspricht dem Prinzip, dass die Schuld durch die erste Zahlung von zehn erloschen ist, an sich also nur der Schuldner zehn zurückverlangen könnte, der als zweiter gezahlt hätte²⁵. Die wertmässige Schätzung von Diensten (*operae*) behandelt das hierauf folgende Fragment aus Ulpian

²⁵ Vgl. Ulp. 47 *ad Sab.* D. 12.6.25 Ulp. 47 *Cum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria solvisset et postea fideiussores quina, placuit eum qui posterior solvit repetere tria posse: hoc merito, quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant, quibus persolutis tria indebita soluta sunt.*

Ediktskommentar, Cels. Pal. 50 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12. Es wird unten näher zu betrachten sein²⁶. Von umstrittener Authentizität ist auch die palingenetisch folgende Passage aus Ulpians Ediktskommentar (Cels. Pal. 51 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.13.): Hier hat *ego* in der Stipulation die Leistung einer Wahlschuld *decem aut Stichum* versprochen. Nachdem er fünf gezahlt hat, stellt sich die Frage, ob er diese kondizieren kann. Auch die Einzelheiten dieser Frage werden unten näher zu betrachten sein²⁷.

Ebenfalls die Wahlschuld betrifft das sowohl von Ulpian als auch aus Celsus' Digesten selbst überlieferte Textstück Cels. Pal. 52 = Cels. 6 *dig.* D. 31.15 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.14. Celsus' Fragment handelt von Miterben, denen ein Wahlvermächtnis auf *Stichum aut decem* auferlegt wurde und die fünf bzw. einen Teil des Stichus gezahlt hätten. Celsus betont, dass diese Teilleistungen keine Erfüllung bedeuteten, die Miterben vielmehr entweder Stichus oder zehn zu leisten hätten. Der Auszug aus Ulpians Ediktskommentar präzisiert, dass es sich um Miterben eines Stipulator handelt, der sich *Stichum aut decem* hat versprechen lassen. Auch Ulpian berichtet, dass Celsus die Teilleistung von fünf oder eines Teils des Stichus abgelehnt haben. Der Spätklassiker folgert hieraus, dass allgemein Befreiung nur erlangt werden könne, wenn beide Miterben je fünf oder ihre beiden Anteile an Stichus übertragen hätten. Damit erhält Ulpians Darstellung einen anderen Akzent als sein hochklassisches Vorbild: Während Celsus die Verpflichtung der Miterben hervorhebt (*necesse est*), betrachtet Ulpian die Befreiungswirkung der Leistung (*secundum quae liberatio non continet*).

Berühmt-berüchtigt ist das in der Palingenesie folgende Fragment Cels. Pal. 53 = Cels. 6 *dig.* D. 12.6.47: Jemand hat sich für eine in Stipulationsform versprochene Nichtschuld verbürgt und gezahlt.

²⁶ Vgl. unten III.1.d.

²⁷ Vgl. unten III.2.a.

Hinsichtlich der Rückforderungsmöglichkeiten unterscheidet Celsus danach, ob der Bürge auf die Hauptschuld (*nomine tuo*) oder auf seine Bürgenschuld (*suo nomine*) gezahlt habe. Im ersten Fall könne er beim Hauptschuldner kondizieren, der sich seinerseits an den Gläubiger halten müsse. Eine Genehmigung der Zahlung durch den Hauptschuldner sei nicht notwendig, weil der Bürge vom Hauptschuldner als beauftragt anzusehen sei. Im zweiten Fall könne der Bürge dagegen selbst die Nichtschuld vom Gläubiger zurückverlangen, weil es sich um ein *indebitum iure gentium* handle. Soweit der Bürge seine Zahlung nicht zurückerhalte, könne er aus dem *mandatum* (*actio mandati contraria*) gegen den Hauptschuldner vorgehen. Beide Fälle werden unten näher zu prüfen sein²⁸.

Eine Beweisregel enthält Cels. Pal. 54 = Cels. 6 *dig.* D. 12.6.48: Sie betrifft eine Strafstipulation auf zehn, die für den Fall versprochen ist, dass der *promissor* etwas tut oder dass etwas geschieht. Habe der *promissor* vor dem Eintritt der Bedingung, die zehn gezahlt, werde er nicht so angesehen, als habe er das in der Bedingung genannte getan (*non videbitur fecisse quod promisit*). Daher könne er die zehn mit der *condictio* zurückverlangen. Celsus ruft mit dieser Formel in Erinnerung, dass der Gläubiger den Bedingungseintritt zu beweisen hat und auch das Risiko für den Nichteintritt trägt²⁹. Diese Risikoverteilung soll durch die irrtümliche Zahlung des Schuldners nicht verändert werden, weshalb die Zahlung nicht als Beweis des Verfalls der Bedingung gilt. Auch das folgende Fragment, das die Kompilatoren in den Titel *de probationibus* versetzt haben, betrifft die Beweislastverteilung: Nach Cels. Pal. 55 = Cels. 6 *dig.* D. 22.3.17³⁰ hat der Erbe zu beweisen,

²⁸ Vgl. unten III.1.c.

²⁹ Dies hängt auch mit dem Verbot der *pluris petitio* zusammen, vgl. Einzelheiten bei BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 44-56.

³⁰ Vgl. dazu A. WACKE, *Die Rechtswirkungen der lex Falcidia*, in D. MEDICUS, H.H. SEILER (a cura di), *Studien Kaser*, Berlin, 1973, 226f.; Anders F. REINOSO-

dass die *lex Falcidia* zur Anwendung komme. Solange dieser Beweis fehle, werde er zu Recht zur unbeschränkten Zahlung verurteilt.

Zur *condictio certae rei* gehört Cels. Pal. 56 = Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.3.3: Hier berichtet Ulpian von einer Stellungnahme des Celsus zur Frage der Ästimation bei Untergang der Sache bzw. beim Tod des Sklaven. Zwar sei grundsätzlich der Todeszeitpunkt massgeblich für die Wertschätzung. Allerdings habe Celsus darauf hingewiesen, dass dieser Zeitpunkt *en platei* zu betrachten sei³¹. Erfolge die Schätzung nämlich erst im allerletzten Zeitpunkt des Lebens, werde der Wert eines tödlich verletzten Sklaven auf einen zu geringen Preis reduziert (*exiguum pretium aestimatio redigatur*). Ebenfalls die Schätzung nach *quanti ea res erit* behandelt Cels. Pal. 57 = Cels. 6 *dig.* D. 42.1.11³², in dem eine Leistung *post kalendas* versprochen worden ist. Wenn die Leistung unterbleibe und der Gläubiger nach den Kalenden Klage erhebe, sei der Wert der Leistung nach dem Nutzen zu schätzen, den der Gläubiger davon gehabt hätte, dass *post kalendas* geleistet worden wäre. Eine Sache sei nämlich nach dem letzten Zeitpunkt (*novissime solvi*) zu schätzen, an dem sie geleistet werden könnte.

Erneut von der Bürgschaft handelt Cels. Pal. 58 = Cels. 6 *dig.* D. 42.1.13: Jemand hat sich von einem hundert und von einem anderen, dass ihm dafür Bürgschaft geleistet werde, versprechen lassen. Wenn es nun um die Schätzung dieser Leistungspflicht gehe, sei darauf abzustellen, welchen Nutzen der Gläubiger von der Stellung des Bürgen gehabt

BARBERO, *Geminaciones ocultas en el Digesto*, in *Index*, 25, 1997, 221, der die Inschrift von Pal. 54 bezweifelt.

³¹ Parallelstellen zu *en platei*: Lab. 7 *pithan. a Paulo epit.* D. 22.3.28; Iul. 44 *dig.* D. 46.3.13; Ulp. 80 *ad ed.* D. 46.8.12.2 (Julian). Vgl. dazu H. KRELLER, *Spatium quoddam temporis. Eine Studie über den Ursprung von Parallelstellen in den Digesten*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, IV, Mailand, 1949, 148-167 (mit weitreichenden Folgerungen zur Textrekonstruktion).

³² D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, 220f. J. ROUSSIER, *Le constitut*, in *Varia. Etudes de droit romain*, III, Paris, 1958, 106.

hätte. Celsus betont, dass dieser Nutzen nicht genau der Summe der Hauptschuld entsprechen muss, sondern auch geringer sein oder gänzlich fehlen kann: *neque vani timoris ulla aestimatio est*³³. Mit diesem Satz wird ein Gläubiger zurückgewiesen, der kein schützenswertes Interesse an der Bürgschaft hat³⁴, obwohl die Schuld noch nicht zurückgezahlt worden ist.

Resümiert man die bisherigen Beobachtungen zu Celsus' *digesta*, so ist zunächst das Übergewicht an Entscheidungen zu betonen, die die Auslegung von *dare oportere* betreffen: Schon Pal. 41, der ja den Streitgegenstand betrifft und das einzige Fragment mit unmittelbarer Diskussion der Formel ist, ist mit der Ausfüllung des *paret... dare oportere* bezüglich der *causa* befasst. Ebenfalls den Rechtsgrund der Rückgabeverpflichtung betreffen Cels. Pal. 42 (auch ohne *negotium contractum*), Cels. Pal. 43 (§ 1 Einlassungszwang), Cels. Pal. 44 (Bedingung), Cels. Pal. 45 (Sittenwidrigkeit), Cels. Pal. 46 (*iniusta causa*), Cels. Pal. 48 (*cum moriar*), Cels. Pal. 51 (Wahlschuld), Cels. Pal. 52 (*duo heredes*), Cels. Pal. 54 (*non videbitur fecisse*). Die Frage nach den Beteiligten der Rückabwicklung steht in Cels. Pal. 47 (*procurator*) und Cels. Pal. 53 (Bürgschaft) im Vordergrund. Von der Höhe der Schuld handeln: Cels. Pal. 43 (pr.), Cels. Pal. 49 (*duo rei*), Cels. Pal. 51 (Wahlschuld), Cels. Pal. 52 (*duo heredes*). Spezifischer die Schätzung betreffen Cels. Pal. 50 (*opera*), Cels. Pal. 56 (*mortis tempus*), Cels. Pal. 57 (*kalendis fieri*), Cels. Pal. 58 (*satisdari stipulatus est*). Mit Blick auf die Klageformel sind diese Fragestellungen nicht überraschend, denn sie betreffen gerade die Bereiche, in denen die Formel Spielraum lässt.

³³ Zu *timor* als Argument bei Celsus vgl. Cels. 7 *dig.* D. 50.17.184 und Ulp. 6 *ad Sab.* D. 29.2.6.7.

³⁴ Ein anderer denkbarer Fall entspricht dem in Pal. 43 = Cels. 6 *dig.* D. 12.1.42.1 entwickelten Argument zur Stipulation *dari curari*: *significat non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat*. Möglicherweise kann also der Versprechende auch in Pal. 58 = Cels. 6 *dig.* D. 42.1.13 die Klage abwehren, indem er dann endlich eine zur Bürgschaft bereite und taugliche Person anbietet.

Auch dieser Spielraum wird aber nicht willkürlich, sondern nach anerkannten Regeln ausgefüllt: Als solche sind im Rahmen des Edikts *si certum petetur* die Anknüpfung der Rückforderung an eine *datio* (zwischen den Parteien der Rückforderung, vgl. Cels. Pal. 42, Cels. Pal. 47 und Cels. Pal. 53), das zwingend präsentische *dare oportere* (vgl. Cels. Pal. 44, Cels. Pal. 48, Cels. Pal. 56) und die strenge Abhängigkeit der Klage wie der Erfüllung vom Inhalt der Stipulation (Cels. Pal. 43pr., Cels. Pal. 49, Cels. Pal. 51, Cels. Pal. 52) zu nennen. Ebenfalls erkennbar ist die Ausrichtung mancher Fragmente am Beweis bzw. an der Beweislast: Cels. Pal. 41 (*melius est*), Cels. Pal. 47 (*procurator*), Cels. Pal. 54 (*non videbitur fecisse*). Auch die prozessuale Situation scheint bisweilen auf, wie etwa in Cels. Pal. 41, Cels. Pal. 43 (§ 1), Cels. Pal. 44 (§ 8), Cels. Pal. 53 (*indebitam pecuniam*) und möglicherweise auch in Cels. Pal. 58 (*vani temporis ulla aestimatio est*).

Ein abweichendes Bild ergibt sich bei Durchsicht des Abschnitts zu *si certum petetur* in Julians Digesten.

2. Julian

Das erste Fragment, das Lenel Julians Digesten zum Edikt *si certum petetur* zuordnet, stammt aus dem Plautius-Kommentar des Pomponius, Iul. Pal. 147 = Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 12.1.8. Pomponius behandelt das aufgrund einer Bedingung in der Schwebe befindliche Darlehen, das er mit der Situation vergleicht, in der ein Erbe durch Vindikationslegat vermachte Geldstücke als Darlehen gewährt hat. Lehne der Legatar den Erwerb des Legates ab, könne man annehmen, dass die Münzen mit Antritt der Erbschaft dem Erben gehörten, so dass das Darlehen wirksam zustande gekommen sei. Auch Julian sage, dass Übereignungen des Erben auf den Zeitpunkt zurück zu beziehen seien, an dem er die Erbschaft angetreten habe, sobald der Legatar das (dinglich wirkende) Vermächtnis ausgeschlagen habe oder es aus anderem

Grund entfallen sei.

Das hieran anschliessende Fragment, Iul. Pal. 148 = Ulp. 26 *ad ed. D. 12.1.9.8*, behandelt den Fall des *ego*, der, ohne dass *tu* davon weiss, eigene Münzen im Namen des *tu* und als solche des *tu* gegeben hat³⁵. Ulpian berichtet, in diesem Fall habe Aristo dem *tu* eine Kondiktion auf die Münzen zuerkannt, was Julian bestätigt habe. Zur Begründung habe der Hochklassiker darauf verwiesen, dass die Kondiktion erst recht zu gewähren sei, wenn *tu* vom Handeln des *ego* wisse, denn oft bitte der Darleiher einen anderen darum, die Darlehenssumme an den zukünftigen Schuldner auszuzahlen. Da diese Praxis zulässig und anerkannt sei, müsse *tu* auch dann kondizieren können, wenn *ego* ohne Darlehensvereinbarung mit *tu*, sein Geld im Namen des *tu* einem Dritten als Darlehen zur Verfügung gestellt habe. Eine Zuspitzung dieses Gedankens enthält Iul. Pal. 149 = Pomp. 6 *ex Plaut. D. 12.1.12*: Hier hat *tu* von einem Geisteskranken Geld als Darlehen angenommen und für sich aufgewendet (*in rem tuam versa fuerit*), weshalb Julian dem Geisteskranken die Kondiktion zugestanden habe. Von den Gründen der Entscheidung wird im Einzelnen unten zu handeln sein³⁶.

Die Notwendigkeit des Verpflichtungswillens für das Entstehen der Kondiktion betont Iul. Pal. 150 = Iul. 10 *dig. D. 12.1.19pr. Non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur*³⁷. Diese Regel wird durch das Beispiel desjenigen, der von Todes wegen Geld schenkt, gestützt, denn hier werde der Empfänger nur verpflichtet, wenn der Schenker wieder gesund geworden oder er selbst vor dem Schenker verstorben sei³⁸. Und auch

³⁵ Zur Begründung der *condictio* in diesem Fall vgl. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn et al., 1990, 95-97mwN.

³⁶ Vgl. unten III.1.b.

³⁷ Zum Text vgl. bereits BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 59f. mwN.

³⁸ Zu diesen Fällen siehe zuletzt D. RÜGER, *Donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, bes. 232f. zum Text.

im umgekehrten Fall, in dem Geld gegeben werde, um einen Erfolg herbeizuführen, entstehe die Verpflichtung erst, wenn sicher sei, dass der Erfolg nicht eintrete. Als Beispiel nennt Julian den Fall des *ego*, der Titius zehn gegeben habe, damit dieser Stichus bis zu den Kalenden freilasse. Hier könne *ego* nach Verstreichen der Frist gegen Titius auf Rückzahlung klagen, wenn er den Sklaven immer noch nicht freigelassen habe. Fragen des *negotium contractum* erörtert Julian in § 1, der vom Mündel handelt, das ohne Zustimmung des Vormundes ein Darlehen gegeben oder Geld zur Erfüllung geleistet hat. Werde das Geld verbraucht (*consumptio nummorum*), stehe dem Mündel die Kondiktion zu. Ähnliches gelte, wenn derjenige, der von einem Mündel ohne Zustimmung des Vormundes Geld als Darlehen oder zur Erfüllung angenommen habe, das Geld an einen Dritten als Darlehen oder zur Erfüllung übergebe: Verbrauche der Dritte das Geld, werde der Geschäftspartner des Mündels dem Mündel gegenüber aus der Kondiktion zur Rückzahlung verpflichtet, wenn es sich um ein Darlehen gehandelt habe. Habe das Mündel zur Erfüllung gezahlt, werde es durch den Verbrauch des Geldes von seiner Schuld frei. Beide Beispiele leiten über zu einer allgemein formulierten Regel: *Nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit: item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit.*

In Iul. Pal. 151 = Paul. 4 *ad Plaut.* D. 12.1.29 hält Paulus fest, dass nach Meinung Julians vom Eigentümer kondiziert werden kann, wenn etwas an einen Sklaven, der dessen *institor* ist, als Darlehen gezahlt wurde. Der *institor* handele nämlich *quasi iussi eius*.

Dem Eid des *procurator* widmen sich Iul. Pal. 152 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.2.18 und Iul. Pal. 153 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.2.34.3. Durch die Kompilatoren an Paul. 18 *ad ed.* D. 12.2.17.3 angeschlossen, liest sich das Fragment so, als gehe es um *procuratores*, die weder zur Verwaltung *universorum bonorum* eingesetzt, noch ausdrücklich dazu

beauftragt noch *procurator in rem suam* seien³⁹. Diesen «gewöhnlichen» *procuratores* wird nach Julian die Eideszuschreibung versagt (*non esse audiendum*), da die Eidesleistung gegenüber dem *procurator* den Geschäftsherrn nicht hindere, seinerseits Klage gegen den Beklagten zu erheben. Dieser Nachteil werde auch durch die Sicherheitsleistung (*cautio rem ratum haberi*) des Geschäftsherrn für die Prozessführung durch den *procurator* nicht ausgeglichen: So bleibe es dabei, dass der Beklagte gegenüber der Klage des Geschäftsherrn die Einrede (*exceptio iurisiurandi*) zu erheben habe⁴⁰. Und der eigenen Klage gegen den Geschäftsherrn aus der *cautio rem ratum haberi* stehe entgegen, dass er in ihrem Rahmen seinen eigenen Meineid beweisen müsse. Damit ist gemeint, dass der Schuldner beweisen muss, zu Unrecht verurteilt worden zu sein, das heisst, den Eid über das Nichtbestehen der Forderung zu Unrecht geschworen zu haben⁴¹. Gelingt ihm freilich dieser Nachweis, wird seine Klage wegen Arglist abgewiesen werden⁴². Auch dem Eid des *procurator* scheint Julian skeptisch gegenüber gestanden zu haben, wie Ulpian, Iul. Pal. 153 = Ulp. 26 *ad ed. D.* 12.2.34.3, berichtet. Danach könne weder ein *defensor* noch ein *procurator* gezwungen werden, einen Eid abzulegen, wobei es für den *defen-*

³⁹ Zu den Bedingungen vgl. im Einzelnen F. STURM, *Aperçu sur l'origine du brocard Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, in *Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 30, 1970/71, 307.

⁴⁰ L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Neapel, 1954, 153f.: «la legittimazione a deferire il giuramento (...) [è vista] (...) in funzione della tutela pretoria del iurandum». Zur Schwierigkeit, die *exceptio* auch dem Geschäftsherrn entgegenzuhalten vgl. F. STURM, *Aperçu sur l'origine du brocard Nemo auditur*, cit., 308.

⁴¹ Die *cautio de rato* geht auf den Schaden, der dem Schuldner durch die fehlende Genehmigung der Prozessführung entstanden ist. Einzelheiten bei R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische Jurisprudenz*, München, 1981, 143 mit Fn. 23 «Perplexität nicht ganz ‚perfekt‘».

⁴² So zutreffend BACKHAUS, *Casus perplexus*, cit., 144 mit Fn. 24.

sor ausreiche, sich auf die Klage einzulassen⁴³. Ebenfalls den Eid betrifft Iul. Pal. 154 = Iul. 10 *dig.* D. 12.2.39, in dem jemand mit seinem Schuldner vereinbart hat, das Geld nicht zu verlangen (*ne pecunia peteretur*), wenn dieser schwöre, dass er den kapitolinischen Hügel nicht erstiegen oder irgendetwas anderes getan oder nicht getan habe. Leiste der Schuldner den Eid, stehe ihm die *exceptio iurisiurandi* gegen die Klage zu und er könne das bereits Geleistete (mittels *condictio*) vom Gläubiger zurückverlangen. Da die Befugnis zum Eid eingeräumt werde, liege eine *iusta conventio* vor.

Iul. Pal. 155 = Iul. 10 *dig.* D. 12.4.11 diskutiert den Fall, dass einem Erben auferlegt war, nach dem Ermessen eines Freigelassenen für eine bestimmte Summe ein Denkmal zu errichten. Wenn der Erbe dem *libertus* das Geld gegeben hat, damit dieser das Denkmal errichte und der *libertus* dieser Bitte nicht nachkommt, könne der Erbe das Geld vom Freigelassenen kondizieren.

Die Leistung an den *falsus procurator* steht im Mittelpunkt von Iul. Pal. 156 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.4.14⁴⁴. Der Spätklassiker berichtet von der Meinung Julians, nach der das *indebitum*, das an den nichtberechtigten *procurator* gezahlt worden sei, nur von diesem zurückverlangt werden könne. Nur wenn der Geschäftsherr die falsche Geschäftsführung genehmigt habe, könne gegen ihn geklagt und das Gezahlte von ihm herausverlangt werden. Der *falsus procurator* habe sogar an sich geschuldete Leistungen zurückzuzahlen, wenn der Geschäftsherr seine Geschäftsführung nicht genehmige, denn hier werde der Zweck der Leistung verfehlt, weil der Zahlende mangels Genehmigung nicht

⁴³ Zur Gleichsetzung von Eid und Einlassung vgl. AMIRANTE, *Il giuramento*, cit., 62f.

⁴⁴ Zum Text vgl. F. HAYMANN, Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachebergabe im römischen Recht, in *BIDR.*, 59-60, 1956, 11-13 mit allerdings zu weitreichender Textkritik; dagegen bereits W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1988, 57f.; zuletzt sorgfältig abwägend L. PELLECCI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D. 12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in *SDHI.*, 64, 1998, 118-120mwN.

von seiner Schuld frei werde. Genauso könne der *falsus procurator*, der einen Diebstahl am gezahlten Geld begangen habe, nicht nur mit der *actio furti*, sondern auch mit der *condictio ex causa furtiva* belangt werden.

Von der *condictio* wegen Sittenwidrigkeit der Leistung handelt Iul. Pal. 157 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.2pr.-1: Ulpian zitiert Julian als Beleg für die Aussage, dass das Geld, welches an jemanden gezahlt werde, damit er einen anderen nicht töte, kondiziert werden könne.

Bereits bei Celsus (Cels. Pal. 47 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.6.6pr.-2) begegnet ist der Auszug aus Paulus' Sabinuskommentar, in dessen Fortgang der Spätclassiker auch Julian zitiert, Iul. Pal. 158 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.6.6.3. Dem Zitat zufolge können nach Julian weder der Vormund noch der *procurator* die gezahlte Nichtschuld zurückverlangen, unabhängig davon, ob sie mit ihrem eigenen Geld oder mit dem Geld des Mündels bzw. des Geschäftsherrn gezahlt hätten. Auch hierauf wird unten näher zurückzukommen sein⁴⁵.

Apodiktisch bleibt die Bemerkung Julians in Iul. Pal. 159 = Iul. 20 *dig.* D. 12.6.20 über Hauptschuldner und Bürge, die gleichzeitig auf die Schuld gezahlt haben und sich daher nicht von Solidarschuldner (*duo rei promittendi*) unterschieden. Daher sei alles, was für diese gelte, auch auf Hauptschuldner und Bürge zu übertragen. In der Kompilation steht diese Aussage unmittelbar nach dem Zitat des Celsus in Pomponius' Sabinuskommentar, Cels. Pal. 49 = Pomp. 22 *ad Sab.* D. 12.6.19.4. In diesem Fall haben zwei Gesamtschuldner von zehn, zwanzig bezahlt, so dass Celsus jedem von ihnen eine *condictio* auf fünf erteilt. Jedenfalls die Kompilatoren bezweckten mithin, Hauptschuldner und Bürge bei Doppelleistung genauso zu behandeln, beiden also einen hälftigen Rückzahlungsanspruch zu gewähren.

Iul. Pal. 160 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.7, 12. betrifft zwei unterschiedliche Problembereiche. In § 7 berichtet Ulpian, Julian habe

⁴⁵ Vgl. III.2.b.

dem Verkäufer eines Grundstücks die Kondiktion erteilt, wenn er das Grundstück an den Erben des Käufers übereignet habe, ohne zu wissen, dass er durch ein Vermächtnis des Käufers von dieser Pflicht befreit worden sei. Ebenso stehe die Kondiktion dem Schuldner zu, der irrtümlich die Schuld an den Erben gezahlt habe, obwohl ihm im Testament die Freistellung vermacht worden sei. Bereits bei Celsus begegnet ist die Schätzung der *operae* beim Dienstvertrag, die Ulpian in § 12 thematisiert: Julian habe eine Kondiktion der geleisteten *operae* selbst dann abgelehnt, wenn sich der Freigelassene auf einen Irrtum berufen könne, weil er jedenfalls aus einer *naturalis obligatio* zur Leistung dieser Dienste verpflichtet sei. Auf dieses Zitat sowie den Zusammenhang zum Zitat des Celsus wird unten einzugehen sein⁴⁶.

Die Kondiktion bei der Wahlschuld diskutiert Julian in Iul. Pal. 161 = Iul. 10 *dig.* D. 12.6.32pr. an dem Fall, in dem jemand *Pamphilum aut Stichum* schuldet und beide gleichzeitig übergeben hat. Wenn nun beide versterben, könne er nichts kondizieren: *id enim remanebit in soluto quod superest*. In Iul. Pal. 162 = Iul. 10 *dig.* D. 12.6.32.1-3 hat ein Bürge mit dem Gläubiger ein *pactum* abgeschlossen, dann aber *per imprudentiam* die Schuld gezahlt. Nach § 1 können der Bürge und sein Erbe kondizieren, während der Hauptschuldner verpflichtet bleibt. Trete aber der Hauptschuldner als Erbe des Bürgen ein, sei die Kondiktion ausgeschlossen, da er auch durch die irrtümliche Zahlung von seiner Schuld befreit werde. § 2 handelt von einer Frau, die im Glauben zur Mitgiftbestellung rechtlich verpflichtet zu sein, eine Mitgift an ihren Mann zahlt. Auch ihr verweigert Julian die Kondiktion, denn selbst wenn man einen Irrtum annehme, stehe der Rückforderung ein sittlicher Grund (*pietatis causa*) entgegen. § 3 schliesslich betrifft den *promissor* einer Gattungsschuld «Sklave». Julian vergleicht ihn mit dem Schuldner einer Wahlschuld und gibt ihm die Kondiktion, wenn er im Irrtum, allein die Stückschuld «Stichus» versprochen zu haben,

⁴⁶ Vgl. III.1.d.

diesen übergeben hat. Von der bestehenden Gattungsschuld könne er sich durch jeden anderen Sklaven befreien.

Der in Iul. Pal. 163 = Paul. 3 *quaest.* D. 12.6.60pr. geschilderte Fall betrifft einen Schuldner, der seine Schuld nach der *litis contestatio* gezahlt habe. Nach Julian soll diese Zahlung weder bei Freispruch noch bei Verurteilung zurückverlangt werden können, weil selbst beim Freispruch eine Naturalobligation verbleibe, die den Empfänger zum Behalten berechtige. Zur Unterstützung verweist der Jurist auf den Fall, dass jemand unter der Bedingung, «dass das Schiff aus Asien ankommt oder nicht ankommt» versprochen habe. Auch hier sei die Kondition ausgeschlossen, weil sich die *causa* entweder aus dem einen oder aus dem anderen Ereignis ergebe⁴⁷.

Zieht man ein erstes Fazit zu Julians Fragmenten zum Edikt *si certum petetur*, so ist festzuhalten, dass er jedenfalls in den von ihm überlieferten Fragmenten einen Schwerpunkt auf Fragen der obligierenden *datio* legt: So erörtert er verschiedentlich die Voraussetzungen, die neben der *datio* erfüllt sein müssen bzw. von Bedingungen, die zur *datio* hinzutreten können (Iul. Pal. 147, Iul. Pal. 148, Iul. Pal. 149, Iul. Pal. 150, Iul. Pal. 151 und Iul. Pal. 155). Sehr häufig nimmt Julian auch zu Fragen des Rechtsgrundes Stellung, wobei er mehrfach den Begriff der *naturalis obligatio* nennt, deren Bestehen einer Rückforderung entgegenstehe (Iul. Pal. 160, Iul. Pal. 162, § 2, Iul. Pal. 163). Mehrfach angesprochen wird die Eidesleistung, ein Aspekt, der bei Celsus völlig fehlt. So erörtert Julian die Eidesleistung des *procurator* (Iul. Pal. 152, Iul. Pal. 153) und die durch Eid bedingte Vereinbarung der Nichtforderung (*iusta conventio*, Iul. Pal. 154). Mit Celsus verwandte Themenkreise sind die Rückforderung der sittenwidrig empfangenen Leistung (Iul. Pal. 157) oder die Rückforderung bei Bestehen einer dauernden Einrede (Iul. Pal. 160). Ebenso bestehen Berührungspunkte hinsichtlich

⁴⁷ Iul. Pal. 164 = Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.4.2.6-8 betrifft bereits die *actio de eo quod certo loco* und bedarf daher keiner weiteren Untersuchung.

des *negotium contractum* (Iul. Pal. 148, Iul. Pal. 149), mit Blick auf die Kondiktion bei Einschaltung von *procurator*, *tutor* (Iul. Pal. 158), der Kondiktionsmöglichkeiten bei der Wahlschuld (Iul. Pal. 161) und der Rückforderung von Diensten (Iul. Pal. 160). Alle diese Fragestellungen Julians sind Auslegungsfragen des *dare oportere* der Formel. Beweisrechtliche Überlegungen finden sich dagegen bei Julian nicht. Auch die Situation des Prozesses rückt nur einmal in den Blick, indem Julian die Beschreibung der prozessualen Lage des Beklagten dazu nutzt, dem *procurator* den Eid zu versagen (Iul. Pal. 152).

3. Ergebnisse

Die erste Durchmusterung der beiden Digestenwerke lässt erkennen, dass beide Juristen ähnliche Fragen für diskussionswürdig halten: Es sind dies die Beteiligung von Dritten, insbesondere die Kondiktion bei Delegation, Scheindelegation und Irrtum bei der Delegation⁴⁸, weiter die Kondiktion bei Beteiligung von Hauptschuldner und Bürgen⁴⁹ bzw. Solidarschuldner⁵⁰. Sowohl Celsus als auch Julian rechtfertigen bisweilen die Zulassung der Kondiktion, indem sie auf die *turpitude*, das Haben *ex iniusta causa* und die Rückforderung bei dauerhafter *exceptio* verweisen. Als mit beiden Fragenkreisen zusammenhängendes Sonderproblem diskutieren beide die Kondiktion bei Leistung an oder bei Zahlung durch einen (nichtbevollmächtigten) *procurator*⁵¹. Ebenfalls erörterungswürdig erscheint die Frage der Kondizierbarkeit von *operae*. Fragen der Schuldsumme betreffen die Themen: Kondiktion und Wahlschuld, Kondiktion bei Teilleistung⁵²,

⁴⁸ Celsus: Cels. Pal. 42. Julian: Iul. Pal. 148.

⁴⁹ Celsus: Cels. Pal. 43; Cels. Pal. 53. Julian: Iul. Pal. 159; Iul. Pal. 162 (§ 1).

⁵⁰ Celsus: Cels. Pal. 50. Julian: Iul. Pal. 153.

⁵¹ Celsus: Cels. Pal. 47. Julian: Iul. Pal. 156; Iul. Pal. 158.

⁵² Celsus: Cels. Pal. 51.

bei bedingter Schuld⁵³ und die *aestimatio quanti ea res est*⁵⁴. All diesen Themen ist gemeinsam, dass sie sich als Auffächerungen des abstrakten Tatbestandes des *dare oportere* lesen lassen: So kann *dare oportere* nicht nur aus Zahlung einer Nichtschuld oder eines Darlehens entstehen, sondern auch bei Drittleistung, bei Behalten *ex iniusta* oder *turpis causa*⁵⁵, bei *exceptio*, ferner bei Einschaltung eines *procurator*. Schwierigkeiten bereitet der Inhalt des *dare oportere* dagegen bei *operae*, Wahlschuld⁵⁶, Teilleistung, bedingter Schuld. Übereinstimmung besteht zwischen beiden Digestenwerken auch hinsichtlich des kasuistischen Vorgehens: Beide Juristen beschränken sich auf die Darlegung der Sachverhalte und ihrer Lösungen, verzichten somit auf die abstrakte Beschreibung oder die Definition von Tatbestandsmerkmalen. Ebenso fehlen lemmatische Kommentare wie sie etwa aus dem Ediktskommentar des Ulpian bekannt sind. Letzteres könnte auch damit zusammen hängen, dass Celsus und Julian die Formel selbst gar nicht besonders ansprechen, sondern voraussetzen. Ebenso reduziert erscheinen die Fallschilderungen, die als Grundlage dieser Diskussionen dienen. Sie werden durchweg knapp und ohne Ausschmückung geschildert, die Protagonisten bleiben anonym und tragen Blankettnamen wie Titius, Seius, Maevius oder *ego, tu* bzw. *debitor, creditor, stipulator, promissor*.

Nach diesem allgemeinen Überblick über Themen und Fragestellungen der beiden Digestenwerke zum Edikt *si certum petetur*, sind im Folgenden Einzelfragmente zu untersuchen, die entweder übereinstimmende argumentative Modelle erkennen lassen oder aber Kontroversen zwischen beiden Juristen betreffen.

⁵³ Celsus: Cels. Pal. 44 (§§ 6 und 7); Cels. Pal. 48; Cels. Pal. 54. Julian: Iul. Pal. 147; Iul. Pal. 163.

⁵⁴ Celsus: Cels. Pal. 56; Cels. Pal. 57; Cels. Pal. 58. Julian: Iul. Pal. 160.

⁵⁵ Celsus: Cels. Pal. 45; Cels. Pal. 46. Julian: Iul. Pal. 157.

⁵⁶ Celsus: Cels. Pal. 51; Cels. Pal. 52. Julian: Iul. Pal. 161; Pal. 162 (§ 3).

III. Übereinstimmungen und Widersprüche anhand einzelner Fragmente

Übereinstimmungen sind weniger im ausgewählten Fallmaterial erkennbar als in manchen argumentativen Strukturen, die zur Ausfüllung der Formel und zur Überprüfung ihrer Voraussetzungen dienen.

1. In beiden Werken verwendete Argumentationsmuster

Hier sind nach der Reihenfolge der Voraussetzungen der *condictio* zunächst die Feststellung der *datio* (a), weiter die Idee des *negotium contractum* (b), Fragen des Rechtsgrundes (c) und zuletzt die Sonderfrage der Kondiktion von *operae libertorum* (d) zu betrachten.

a. Schwebezustand der datio und «Rückbezug»

Cels. Pal. 51 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.13

Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

Iul. Pal. 147 = Pomp. 6 ex Plaut. D. 12.1.8

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex post facto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si condicio aliqua exstiterit, tui fiant sisque mihi obligatus: item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.

Auf den ersten Blick haben die beiden hier in Beziehung gesetzten Fragmente wenig gemeinsam: Celsus untersucht die Erfüllungswirkung der Teilleistung bei der Wahlschuld (Cels. Pal. 51), während Julian ein Darlehen betrachtet, das der Erbe mit dem Geld gegeben hat, obwohl dieses durch Vindikationslegat einem Legatar zugewiesen worden ist (Iul. Pal. 147). Schon Schwarz hat allerdings zu recht die Voraussetzungen von *condictio indebiti* (Celsus) und *condictio certae creditae pecuniae* (Julian) parallelisiert:

«Das Handeln der Parteien, das die *obligatio* ‚objektiv‘ zur Folge hat, verlangt durchaus einen relevanten Geschäftswillen, ein Geben- und Nehmenwollen. Und zwar verlangt es (...) ein *dare et accipere solvendi causa*, wie im Falle des *mutuum* ein *dare et accipere credendi causa*.»

Untersucht man beide Fragmente unter dieser Prämisse, werden weitergehende Parallelen erkennbar: So soll Celsus nach dem Bericht Ulpians ausgeführt haben, dass die Zahlung von fünf auf eine Wahlschuld von *decem aut Stichum* noch nicht zur Befreiung des Schuldners führe. Erst wenn der Schuldner weitere fünf leiste, könne die frühere Zahlung *ex post* als Erfüllung angesehen werden, mit der die Rückforderung ausgeschlossen sei⁵⁷. Leiste der Schuldner dagegen erst fünf,

⁵⁷ F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster, Köln, 1952, 23 und 27f.

dann Stichus, könne er die fünf kondizieren⁵⁸. Einen ähnlichen Schwebezustand soll Julian nach dem Zeugnis des Pomponius für alle Über-eignungen des Erben angenommen haben: Schlage der Legatar, dem die vom Erben durch *mutuum* übertragene Sache (mit dinglicher Wirkung) vermacht worden sei, das Legat aus, sei das Darlehen als vom Erbfall an wirksam anzusehen und der Erbe könne es mit der *condictio* zurückfordern. Auch hier geht es um eine *ex-post*-Bestätigung einer zunächst in der Schwebe befindlichen *datio*.

Aus Sicht der Formel ist diese Klärung unabdingbar, weil *dare oportere* nur bejaht werden kann, wenn die Verpflichtung – sei es nun aus *mutuum* oder *indebitum solutum* – im Moment der *litis contestatio* feststeht. Gleichzeitig lässt die Formel Raum für die Würdigung des Geschehens aus einer *ex-post*-Perspektive: Bis es zum Prozess kommt, wird sich der Legatar zur Annahme oder Ablehnung der Verfügung von Todes wegen entschieden, der Wahlschuldner zur weiteren Leistung veranlasst gesehen haben. Das Risiko für die Untätigkeit der beiden, das heisst für die Fortdauer des Schwebezustands, trägt dabei der Kläger, mithin der Wahlschuldner oder aber der Erbe, der das Darlehen vermächtniswidrig an einen Dritten vergeben hat. Der von den Juristen hier übereinstimmend angenommene Schwebezustand erscheint damit als eine Konzession an die Realität:

D. 34.5.15 Marcian. 2 reg.⁵⁹

Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur et apparet, quid actum est. ut ecce si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit: nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet. (...)

Während der Zeit, in der tatsächlich unklar ist, ob der Legatar

⁵⁸ Vgl. F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 68.

⁵⁹ Zum Text vgl. A. BERGER, *Ex post facto in Roman Sources an ex post facto laws in modern juristic terminology*, in *Seminar*, 7, 1949, 57. f

das Legat annehmen wird, kann über die Wirksamkeit der *datio* zur Begründung des *mutuum* nichts Sicheres gesagt werden. Daher ist erst aus der *ex-post*-Perspektive eine sichere Beurteilung des Sachverhaltes möglich.

b. Die Idee des negotium contractum

Die Verbindung zwischen den beiden Fragmenten Cels. Pal. 42 und Iul. Pal. 149 wird seit langem thematisiert⁶⁰. Es ist hier nicht der Ort, in die unübersichtlichen Verästelungen der Diskussion um Wesen und Grundlage der *condictio* einzutreten, welche die Literatur seit langem dominieren. Die Auseinandersetzung mit der bei Celsus ausdrücklich, bei Julian implizit angesprochenen Voraussetzung des *negotium contractum*, soll hier nur dazu dienen, formelunabhängige Strukturen näher zu beleuchten, welche die juristische Argumentation zusätzlich prägen und gestalten.

Zunächst zum Fragment des Celsus, das von der sogenannten *condictio Iuventiana* handelt⁶¹:

Cels. Pal. 42 = Cels. 6 *dig.* D. 12.1.32

Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi

⁶⁰ Vgl. etwa F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 245, der aufgrund seiner Konstruktion Cels. Pal. 42 als Sonderfall ansieht, der sich aus der besonderen Situation der Delegation ergeben soll; zuletzt A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 304-308, vor allem unter Verweis auf Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33.

⁶¹ Umfangreiche Nachweise zum Text bei J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 137 Fn. 569. Weiterführend J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación. La doble atribución patrimonial*, 2, Santiago de Compostela, 2001, 338-344.

bonum et aequum est.

Die Schwierigkeit, eine *condictio* des *ego* gegen *tu* zu begründen, liegt im Irrtum des *tu* über die Personen des Anweisenden bei Entgegennahme der Stipulation von Seiten des Schuldners⁶². Aus diesem Grund ist das zwischen *ego* und *tu* geplante *mutuum* unwirksam⁶³, denn es fehlt am Konsens des *tu*, der ja glaubte mit Titius zu kontrahieren: *hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest*⁶⁴. Damit hat *tu* zwar Geld, das *ego* zusteht, erhalten, freilich ohne vertragliche Grundlage (*negotium contractum*)⁶⁵. Man kann den vielzitierten Begriff als Hinweis auf den üblichen Fall der Darlehenshingabe (im Zweipersonenverhältnis) ansehen, den Celsus hier als Vergleichsmodell heranziehen dürfte⁶⁶: Fehlt ein *creditum*, ein Darlehen, so kann – wie Celsus festhält – die Kondiktion nur noch darauf gestützt werden, dass das Geld, das *tu* erhalten hat, objektiv *ego* zusteht⁶⁷. Schon die Formulierung *pecunia mea ad te pervenit* weist dabei darauf, dass das, was *ex iniusta causa apud aliquem sit*, kondiziert werden kann⁶⁸.

⁶² F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 246f.; vgl. bereits E. RABEL, *In tema di delegazione*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, IV, Mailand, 1949, 218f.; differenzierend J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, 88 Fn. 27, der zu Recht darauf hinweist, dass auch der Delegatar die Namen derer, die er um ein Darlehen angegangen hat, verwechselt hat. Eine Novation erwägt dagegen A. WATSON, *D. 12, 1, 32 and 'delegatio'*, in *SDHI.*, 29, 1963, 285f.

⁶³ Vgl. bereits F. RABER, *Hoc animo dare*, in *TR.*, 33, 1965, 64; Gleichsinnig S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 47; anders J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 139.

⁶⁴ Vgl. nur A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 446f.

⁶⁵ Als Angriff auf die julianische Meinung liest dies CHR. KRAMPE, *Celsus bei Ulpian D.2.14.51*, cit., 274; anders S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 46f.

⁶⁶ Vgl. zuletzt S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 52. Zum *negotium contractum* vgl. v.a. J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 139 mit Fn. 577.

⁶⁷ Dazu J.L. ALONSO, *Estudios sobre la delegación*, cit., 371f.

⁶⁸ Vgl. Ulp. 18 ad Sab. D. 12.5.6 *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est*, mit A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 453f. zur Stelle, etwas anders J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 143, der Ulp. 18 ad Sab. D. 12.5.6 auf die *condictio furtiva* bezieht. Jedenfalls sind alle alternativ vorgeschlagenen

Mit dieser Begründung ist auch die Bezugnahme auf *bonum et aequum* im Sinne einer objektiv gerechtfertigten Vermögenslage vollständig nachvollziehbar⁶⁹. Ebenfalls vom Scheitern der Darlehenshingabe handelt:

Iul. Pal. 149 = Pomp. 6 *ex Plaut.* D. 12.1.12

Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis eaque in rem tuam versa fuerit, condictioem furioso adquiri Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri. Item si is qui servo crediderat furere coeperit, deinde servus in rem domini id verterit, condici furiosi nomine posse. Et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere coeperit et consumpta sit ea pecunia, condictioem furioso adquiri.

Grund ist auch hier der fehlende Konsens, insbesondere die Geschäftsunfähigkeit des Geld auskehrenden *furiosus*⁷⁰. Entgegen der in der deutschsprachigen Literatur wohl überwiegenden Meinung bedeutet die Tatsache, dass Julian dennoch die *condictio* gewährt, nicht eine «Heilung» der *datio*⁷¹, sondern ein Umschwenken auf eine andere

Klagen, wie etwa die *actio in factum auf id quod pervenit* (so U. v. LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlin, 1952, 38f.) entbehrlich, vgl. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 436f., 448f. mwN. Ob man dies als Nichtleistungskondiktion bezeichnet, erscheint dagegen zweitrangig, so aber S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 48 mwN.

⁶⁹ Anders F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in *ZRG. rom.*, 52, 1932, 151; F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 248. Als Rückführung auf Celsus' Definition des Rechts verstanden von H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus*, cit., 402; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Neapel, 1982², 202f. Zur Frage vgl. auch unten IV.3.

⁷⁰ Vom *furiosus* gilt, dass er *nullum negotium gerere potest* (Gai. 3, 106). Weiteres bei A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 297f. mwN.

⁷¹ F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 242f., mwN, der als Folge sowohl das Ergebnis als auch die Begründung zu kompulatorischem Beiwerk erklärt. Weitere Nachweise bei A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 300-304.

Klagebegründung. Sie wird mit den Worten *in rem tuam versa fuerit*⁷² sowie mit dem Hinweis darauf, dass auch geschäftsfähige Personen Klagen ohne ihre Kenntnis und ohne ihr Einverständnis erwerben können, angesprochen und gerechtfertigt. Gemeint ist die Aufnahme in das Vermögen des Empfängers, also die *consumptio nummorum*⁷³. Genau wie Celsus überwindet Julian mithin das Fehlen der vertraglichen Grundlage, indem er auf das *habere ex iniusta causa apud aliquem* abstellt⁷⁴. Anders als Celsus evoziert er dabei den Normalfall nicht durch die Worte *negotium contractum* bzw. *bonum et aequum*, sondern durch einen expliziten Vergleich zwischen *furiosus* und geschäftsfähigen Personen (*nos*): *nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri*⁷⁵. In der Sache freilich meint dieser Vergleich dasselbe wie Celsus: Auch geschäftsfähige Personen erhalten die *condictio* aufgrund des *bonum et aequum*,

⁷² U. v. LÜBTOW, *Beiträge zur condictio*, cit., 42f. sieht dies als Hinweis auf die *actio de in rem verso*. Dazu zu Recht kritisch H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1953, 49.

⁷³ Vgl. bereits A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum*, in *Rivista del diritto commerciale*, 51, 1953, 283-286: «in ogni caso extracontrattuale», ähnlich F. RABER, *Hoc animo dare*, cit., 65. S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 95f., 99-109 (mit der freilich übertriebenen These, die *datio* sei nie Voraussetzung der *condictio*); unscharf M. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, in *TR.*, 29, 1961, 214f., der meint, «daß es sich hier offensichtlich um eine von Billigkeitsgründen getragene Ausnahmeentscheidung handelt. Sie stützt sich auf den guten Glauben des Darlehensnehmers, der den Geber für geistig gesund gehalten hat.». Wie hier S.E. WUNNER, *Rechtsfolgen der Konsumtion fremder Sachen*, in *Gedächtnisschrift Wolfgang Kunkel*, Frankfurt a.M., 1964, 603. Zuletzt M. MÜLLER-EHLEN, *Hereditatis petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Köln-Weimar-Wien, 1998, 81f.

⁷⁴ A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 307f.

⁷⁵ Dem entspricht auch das Fragment Iul. Pal. 148 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.9.8. Zum Fragment vgl. A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, 247-250, der eine Interpolation erwägt, bei der Aussagen zum *argentarius* verallgemeinert worden seien. Zu Recht hält er aber fest, dass die Abrede zwischen *dans* und Empfänger entscheidend ist.

wenn Geld, das ihnen zusteht, ohne Grund, ins Vermögen anderer übergegangen ist⁷⁶.

c. Die iniusta causa

Auch die Erörterung der *condictio ex turpis causa* und der *condictio* bei Bestehen einer dauerhaften Einrede lässt eher darstellungstechnische als konstruktive Unterschiede erkennen:

Cels. Pal. 45 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.5.4.2

Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias.

Iul. Pal. 157 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.5.2pr.

Ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas. in qua specie Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse:

Nach Ulpian's Ediktskommentar, der die Aussagen der beiden Hochklassiker überliefert, soll Celsus betont haben, dass eine Rückforderung möglich sei, wenn nur dem Empfänger *turpitudine* vorzuwerfen sei, wobei er als Beispiel die Zahlung zur Verhinderung einer *iniuria* durch den Empfänger nennt. Für Julian erwähnt Ulpian das Beispiel einer *datio* um die Tötung eines Menschen zu verhindern. Auch hier könne zurückverlangt werden. Offenbar besteht hier kein Zweifel über das Vorliegen einer wirksamen *datio*⁷⁷; vielmehr geht es um die sinnvolle Beschreibung der Einzelfälle, die zur Rückforderung berechtigten. Dabei dürfte es sich grösstenteils um Fälle handeln, die zur Infamie des Empfängers führen würden, wenn der *dans* gegen das verhinderte Verhalten klagen würde⁷⁸.

Von der *condictio* bei Entstehen einer *exceptio* handelt:

⁷⁶ Zur Flexibilität der Formel vgl. zutreffend M. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, cit., 215.

⁷⁷ F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 118f.

⁷⁸ F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 172f. zur Stelle.

Iul. Pal. 160 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.6.26.7

Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut Iulianus libro decimo scripsit, si emptor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere: idemque et si debitorem suum damnaverit liberare et ille ignorans solverit.

Als Beispiel dient Julian der Verkäufer eines Grundstücks, der nicht weiss, dass der Erbe des Käufers im Testament verpflichtet worden ist, ihn von seiner Leistungspflicht zu befreien. Er hat daher das Grundstück übertragen⁷⁹, obwohl er mittels *actio ex testamento* hätte Befreiung verlangen können (*ut venditorem nexu venditi liberaret*). Die zu Beginn des Fragmentes stehende Verallgemeinerung *perpetua exceptio parit condictionem* braucht dabei nicht – wie noch Schwarz meinte – eine Randsumme zu sein⁸⁰, sondern dürfte jedenfalls von Ulpian stammen, der Julians Lehren auch an anderer Stelle in griffigen Allgemeinformeln zusammenfasst⁸¹. Der Grundgedanke dieser Formel findet sich freilich auch in einem berühmt-berüchtigten Fragment des Celsus:

Cels. Pal. 44 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.4.3.7

Sed si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse. quae sententia verior est, quamquam constet, ut et ipse ait,

⁷⁹ Hier dürfte in der Tat eine Interpolation vorliegen: *mancipaverit*, vgl. schon F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 39, der allerdings ansonsten mit zu weitgehenden Interpolationsvermutungen arbeitet.

⁸⁰ F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 39 mit Fn. 48.

⁸¹ Zum Gebrauch Julians bei Ulpian vgl. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*, Oxford, 2002², 131f. Zur *sententia* beim Zitat hochklassischer Juristen vgl. E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le, sententiae prudentium' nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto Romano*, 1, 2001, bes. 4-10.

eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

Die Kontroverse zwischen Celsus *pater* und Celsus *filius*, von der Ulpian berichtet, wurde mit ganz verschiedenen Hypothesen erklärt⁸²: Nach Pringsheim soll Celsus *pater* die *condictio* abgelehnt haben, weil der Sklave kein *indebitum*, sondern gemäss dem Testament gezahlt habe⁸³. Andere meinen, die Einordnung in den Titel D. 12.4 deute auf eine *datio ob rem* hin⁸⁴. Wieder andere gehen von einem Auslegungsproblem aus: Celsus *filius* habe die *condictio* gewährt, weil er das Kodizill als Aufhebung der *condicio libertatis* angesehen habe⁸⁵, während Celsus *pater* das Kodizill lediglich als Bestätigung der testamentarischen Freilassung verstanden habe. Umstritten ist auch die Klageart. So hat etwa Voci gemeint, das *repetere* beziehe sich nicht auf eine *condictio*, sondern auf eine *rei vindicatio*⁸⁶. Zunächst ist zu bemerken, dass das Fragment selbst von *ignorans dederit heredi decem* spricht, das heisst den Irrtum des Sklaven hervorhebt, der glaubt zur Erreichung der Freiheit zehn zahlen zu müssen. Weiterhin ist der argumentative Kontext, in den Ulpian das Fragment stellt, zu berücksichtigen. Mit Blick auf § 6 kann es in § 7 letztlich nur um die Frage gehen, ob überhaupt der Rechtsgrund fehlt, denn in § 7 bildet ja das Testament einen wirksamen Rechtsgrund, indem es dem Sklaven die Freiheit nur

⁸² Weiterführend jetzt vor allem M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso*, cit., 17-20 sowie H. HAUSMANINGER, *Celsus filius – naturali aequitate motus – gegen Celsus pater*, in M. SCHERMAIER, J.M. RAINER, L. WINKEL (a cura di), *Festschrift Mayer-Maly*, Köln-Wien, 2002, 271-285.

⁸³ Vgl. F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, cit., 141f.; dagegen S. HÄHNCHEN, *Die causa conductionis*, cit., 89.

⁸⁴ Dagegen zu Recht A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 458-460.

⁸⁵ Vgl. F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 253f.; P. FREZZA, *Ius gentium*, cit., 297f.

⁸⁶ P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Mailand, 1937, 87. Dem widerspricht im Übrigen schon die Terminologie. Zu *repetere* vgl. F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 39 mit Fn. 44.

unter der Bedingung der Zahlung zuspricht, obwohl das Kodizill die Freiheit unbedingt verleiht⁸⁷. § 8 wiederum spricht gegen Vocis Annahme einer *rei vindicatio*, da Ulpian diese Klage hier diskutiert, ohne ihr Vorliegen in § 7 anzusprechen⁸⁸. Mir scheint es daher in § 7 erneut um die Frage zu gehen, ob die *condictio* auch dann erteilt werden kann, wenn der Empfang zwar nicht rechtsgrundlos, aber einredebehaftet ist. Diese Fragestellung ergibt sich, wenn man davon ausgeht, dass der Erblasser den Sklaven im Testament nur gegen Geldzahlung freigelassen hat, im Kodizill dagegen den Erben mittels Fideikommiss verpflichtet, den Sklaven unbedingt freizulassen, denn dann verstösst die Entgegennahme des Geldes zwar nicht gegen das Testament, aber gegen dieses Fideikommiss⁸⁹. Nur diese Deutung fügt sich auch zum Vergleichsfall in § 8, bei dem die unbedingte Freilassung sogar *ipso iure* erfolgt ist. Und nur mit diesem Verständnis des Sachverhaltes ist die Meinungsverschiedenheit zwischen Celsus *pater* und Celsus *filius* einsichtig⁹⁰: Sie liegt dann darin begründet, dass der Sklave nur über die Klage aus dem Fideikommiss zur Freiheit gelangen könnte, weshalb sich Celsus *pater* auf den Standpunkt stellt, der Sklave hätte diesen Weg (*cognitio extraordinaria*) beschreiten müssen. Da er dies nicht getan hat, bleibt es bei der Lösung nach *ius civile*, das heisst dem Ausschluss der Kondiktion. Dagegen wählt Celsus *filius* eine einheitli-

⁸⁷ Zum Verhältnis von §§ 7 und 8 vgl. bereits die Bemerkungen bei M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso*, cit., 2, 17-20.

⁸⁸ Ähnlich A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 457 Fn. 108, der aber aus dem allgemeinen Kontext des 26. Buchs zum Edikt argumentiert.

⁸⁹ Gleichsinnig die Rekonstruktion bei M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso*, cit., 42-44 mwN. Handelte es sich um ein im Testament angekündigtes oder bestätigtes Kodizill wäre die Rechtsfolge mit der des § 8 identisch, denn dann gilt das Kodizill als Teil des Testamentes. Die Gegenüberstellung beider Fälle spricht daher eher dafür, dass es sich hier um ein nicht bestätigtes Kodizill handelt, in dem nur eine fideikommissarische Freilassung vorgenommen werden kann. Vgl. auch A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 460f.

⁹⁰ Anders M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso*, cit., 46-49, der die *naturalis aequitas* als Mittel ansieht um «superare l'assenza di capacità giuridica del *dans*».

che Betrachtung von Testament und Kodizill, die dazu führt, den Empfang des Erben als einredebelaftet anzusehen. Im Ergebnis stimmen mithin Julian (Iul. Pal. 160) und Celsus *filius* darin überein, dass die *condictio* auch dann eingreift, wenn eine dauerhafte Einrede besteht. Die Bedeutung dieser Erweiterung des *dare oportere* zeigt sich dabei darin, dass dem Begünstigten auch dann die Rückforderungsklage gewährt werden kann, wenn er seine Begünstigung (Befreiung des Verkäufers, Freilassung des Sklaven) nicht eingeklagt hat. Schon die Tatsache, dass diese Klage besteht, genügt, um das Behalten der *datio* als *ex iniusta causa* zu qualifizieren. In analoger Weise könnte auch die berichtigte Stelle zur Zahlung des Bürgen *suo nomine* aufzulösen sein:

Cels. Pal. 53 = Cels. 6 *dig.* D. 12.6.47

Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovert.

Fraglich ist in dieser zweiten Konstellation, mit welcher Konnotation Celsus das *indebitum* als dem *ius gentium* zugehörig qualifiziert⁹¹. Zunächst könnte man an den elementaren Charakter dieser Rückabwicklung denken, bei der derjenige zurückerhält, der die *datio* vorgenommen hat⁹², weshalb sie – anders als die Rückabwicklung

⁹¹ Noch J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 132 meint, diese Begründung könne nicht von Celsus stammen.

⁹² Vgl. zu *ius gentium* in dieser Bedeutung auch Tryph. 9 *dig.* D. 16.3.31pr. Zum engen Verhältnis von *natura debere* und *ius gentium* vgl. P. FREZZA, *Ius gentium*, in *RIDA.*, 2, 1949 (= *Mélanges De Visscher* I), 294-302.

«über das Dreieck» – unmittelbar einsichtig und ohne weitere Begründung gegeben ist. Allerdings scheint der Text nicht auf die Qualifizierung der Rückforderungsmöglichkeit abzielen, sondern auf die Begründung des *indebitum*. Offenbar steht also die Frage im Zentrum, ob der Bürge, der seine wirksam bestellte Bürgenschuld erfüllt hat, zur Rückforderung berechtigt sein soll, wenn die Hauptschuld, die ebenfalls stipuliert worden ist, tatsächlich nicht bestanden hat. Der *causa*-Mangel der Hauptschuld wirkt sich je nach Art der Bürgschaft unterschiedlich aus: Während die *fideiussio* in ihrem Bestand von der Hauptschuld abhängt, scheint die *sponsio* nur eine Stipulation verlangt zu haben⁹³. Wenn Celsus an dieser Stelle betont, dass ein *indebitum iure gentium* vorliegt, so könnte dies mithin bedeuten, dass er den *causa*-Mangel der Hauptschuld ausnahmsweise doch generell bei allen Bürgschaftsformen bzw. gerade bei der *sponsio* berücksichtigen will⁹⁴. Dies ist bei der *sponsio* nur auf dem Wege der *exceptio* vorstellbar, das heisst entweder über eine eigene *exceptio doli* des Bürgen⁹⁵ oder über eine Erstreckung der *exceptio doli* des Hauptschuldners auf den Bürgen (*exceptiones in rem*)⁹⁶. In beiden Fällen wäre eine an sich nach *ius civile* wirksame Erfüllung durch Hinweis auf das materielle Fehlen der

⁹³ Vgl. Gai. 3, 115-121, mit W. FLUME, *Die römischen Bürgschaftsstipulationen*, in *ZRG rom.*, 113, 1996, bes. 129-131; zum klagetechnischen Befund dieser Besonderheit vgl. A. STEINER, *Die praescriptio aus Gai. 4, 137 und ihre Bedeutung für das materielle Bürgschaftsrecht*, in *ZRG rom.*, 123, 2006, 187-196.

⁹⁴ Insoweit ist der Befund der interpolationistischen Literatur aufrechtzuerhalten, vgl. zu ihr nur Belege bei W. FLUME, *Die römischen Bürgschaftsstipulationen*, cit., 89-91.

⁹⁵ Behauptung, die Entgegennahme des nichtgeschuldeten Geldes oder das Behalten des nichtgeschuldeten Geldes trotz besserer Kenntnis sei arglistig. Ähnlich wohl A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, cit., 114: «Weil der Bürge für eine Schuld angenommen worden ist, die nicht einmal eine Naturalobligation darstellt und folglich nicht einmal nach dem *ius gentium* als *debitum* anzusehen ist, kann er hier das Geleistete mit der *condictio indebiti* zurückfordern, auch wenn in anderen Fällen der Unwirksamkeit der Hauptobligation (...) anders zu entscheiden wäre.»

⁹⁶ Zur Erstreckung von *exceptiones in rem* auf den Bürgen unabhängig von der Art der Bürgschaft vgl. U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 129-133 mwN.

zugrundeliegenden Verpflichtung aufzuheben. Im Ergebnis wird damit die *sponsio* wie eine *fideiussio* behandelt, das heisst wie die (kausale) Bürgschaftsverpflichtung nach *ius gentium*⁹⁷.

d. Zur Kondizierbarkeit von operae

Einigkeit scheinen Julian und Celsus auch hinsichtlich der Kondizierbarkeit von *operae libertorum* erzielt zu haben. Von Interesse ist allerdings, dass Ulpian beide Juristen mit unterschiedlichem Schwerpunkt zitiert. Er widmet sich zunächst Julian (Iul. Pal. 160), sodann Celsus (Cels. Pal. 50):

Iul. Pal. 160 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12

Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet. Sed et si si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decedit pecunia et solvit, repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit non officiales, sed fabriles, veluti pictorias vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere. (...)

Cels. Pal. 50 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12

Et Celsus libro sexto putat eam esse causam operarum, ut non sint eadem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. Sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus: ut puta fundum indebitum dedi et fructus condico: vel vel hominem indebitum, et hunc sine fraude modico distraxisti, nempe hoc solum refundere debes, quod ex pretio

⁹⁷ Die *sponsio* bleibt dagegen den römischen Bürgern vorbehalten, gehört also zum *ius civile*, vgl. nur Gai. 3, 93.

habes: vel meis sumptibus pretiosorem hominem feci, nonne aestimari haec debent? Sic et in proposito, ait, posse condici, quanti operas essem conducturus. (...)

Auf den ersten Blick scheinen sich beide hochklassischen Juristen zu widersprechen: Julian verweigert die Rückforderung nichtgeschuldeter *operae*, während Celsus sie offenbar bejaht und sogleich die Frage der *aestimatio operarum* diskutiert. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass beide Juristen nach der Art der *operae* unterscheiden: Während es für die *operae officiales* dabei bleibt, dass sie als Naturalobligation nicht zurückgefordert werden können⁹⁸, können die *operae fabriles* Gegenstand der *condictio* sein, so dass sich nur die Frage ihrer Berechnung stellt⁹⁹. Dennoch zeigt der Begründungsaufwand, den beide Juristen betreiben, dass sowohl die Klagebegründung als auch die Schätzung nicht unumstritten waren. Julians Begründung zum Ausschluss der Klage bei *operae officiales* verdient in diesem Zusammenhang Beachtung, weil er – wie bereits oben festgestellt wurde – auch an anderer Stelle die *condictio* wegen eines *naturale debitum* ausschliesst. So verweigert Julian in Iul. Pal. 162 = Iul. 10 *dig.* D. 12.6.32.2 der Ehefrau die Kondiktion mit Hinweis auf die *pietatis causa*: Auch wenn keine Rechtspflicht, zum Beispiel durch Stipulation, begründet worden ist, bleibt die sittliche Pflicht, eine Mitgift zu zahlen¹⁰⁰. Die Parallele zur Zahlung nicht stipulierter oder beeideter *operae* liegt auf der Hand: In beiden Fällen hat der Schuldner an eine entsprechende Rechtspflicht

⁹⁸ Die Klassizität der Naturalobligation ist hier nicht mehr in Zweifel zu ziehen, vgl. Nachweise bei C. MASI DORIA, *Inpudicia, officium e operae libertorum*, in *ZRG rom.*, 110, 1993, 93 Fn. 51.

⁹⁹ Insoweit übereinstimmend die grundlegende Untersuchung von W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstplicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart, 1986, 363-370 und zuletzt C. MASI DORIA, *Inpudicia, officium e operae libertorum*, cit., 91-97.

¹⁰⁰ Zu den Fragen des Textes vgl. J. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien-Köln-Weimar, 2009, 60-63, 194f. (Ersatzcausa aus pietas).

geglaubt, obwohl diese nicht bestand. Die Rückforderung wird ihm aber versagt, weil er nach sittlichen Gesichtspunkten zur Leistung angehalten wäre¹⁰¹. Als ein *residuum* der ursprünglichen Verpflichtung stellt sich die *naturalis obligatio* auch in Iul. Pal. 163 = Paul. 3 *quaest.* D. 12.6.60pr. dar: Hier hat der Schuldner nach der *litis contestatio* die ursprüngliche Schuld gezahlt. Auch für den Fall, dass er im Prozess vom Bestehen der Schuld freigesprochen würde, verneint Julian den Rückzahlungsanspruch: Zwar ist die Ursprungsschuld durch *litis contestatio* und Urteil aufgehoben worden¹⁰². Da er aber tatsächlich verpflichtet war (*verus debitor*), die Schuld zu zahlen, kann er nun nicht zurückverlangen¹⁰³. Er steht vielmehr demjenigen gleich, der eine Stipulation unter Bedingung *sive navis ex Africa venerit sive non venerit* übernommen hat¹⁰⁴, so dass er in jedem Fall gehalten ist, die Schuld zu tilgen¹⁰⁵. Diese Häufung der Bezugnahmen auf die *naturalis obliga-*

¹⁰¹ Nicht zum Bereich der *naturalis obligatio* zählt dies P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genf, 1964, 258f.; für justinianisch erklären dies P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Mailand, 1937, 145 sowie A. BURDESE, *La Nozione classica di naturalis obligatio*, Turin, 1955, 140f. Weitere Nachweise bei R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, I, Padua, 1964, 241 Fn. 8. Zur Gleichstellung von *pietas* und *donatio* auch in anderen Zusammenhängen dagegen bereits R. D'ANCONA, *Il concetto della dote nel diritto romano*, Roma, 1972 (Nachdruck), 139-142; ähnlich PH. DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA.*, 19, 1972, 259.

¹⁰² Zu diesem Aspekt vgl. PH. LANDOLT, *D. 12.2.60pr. et l'obligation naturelle*, in *RIDA.*, 65, 1998, 263, der das *mutuum* als Naturalobligation fortleben lässt.

¹⁰³ Anders A. BURDESE, *La Nozione classica di naturalis obligatio*, cit., 122f., der diese Klarstellung für überflüssig hält. Dagegen zu Recht P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 232. Wichtig M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo, 1955, 172f., der die Entscheidung allerdings für justinianisch hält. Zuletzt ausführlich PH. LANDOLT, *D. 12.2.60pr. et l'obligation naturelle*, cit., 255-265.

¹⁰⁴ Zu dieser Bedingung vgl. ausführlich A. RODGER, *Emptio perfecta revisited*, in *TR.*, 50, 1982, 344-346 mwN.

¹⁰⁵ Vgl. zutreffend P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 233: «dès lors que l'on admet que le défendeur est réellement engagé, le sentiment de l'équité commande que, quelle que soit l'issue du procès, un paiement volontaire de sa part ne puisse donner

tio bei Julian haben zu der Vermutung veranlasst, «daß dieser Jurist sich um die Anerkennung dieser Denkform besonders bemüht hat»¹⁰⁶. Jedenfalls kann man nach den uns überlieferten Quellen den Eindruck bekommen, dass Julians Überlegungen zur *naturalis obligatio* gegenüber Celsus nicht nur ein Novum im Rahmen der *condictio* darstellen, sondern eine weitere Verdichtung der Argumentation erlauben, die bei Celsus offenbar noch fehlt¹⁰⁷.

Celsus' Argumentation zur Schätzung der *operae* dagegen besteht durch ihre Anschaulichkeit und Praktikabilität: Zunächst gibt der Jurist unumwunden zu, welche Schwierigkeiten die Berechnung bereiten kann, *nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum*. Allerdings soll die Wandelbarkeit die Schätzung nicht hindern, denn auch in anderen Fällen könne etwas anderes kondiziert werden, als ursprünglich geleistet worden sei. Und für all diese Fälle zeigen schon die mit *nempe* eingeleiteten rhetorischen Fragen, dass eine Schätzung evidenterweise möglich und zulässig ist, so dass auch für die *res dubia* eine klare Antwort gegeben werden kann¹⁰⁸. Auch wenn es hier ebenso wie bei Julian um das allgemeine Problem der Schätzung geht, scheint die Argumentation eher aus dem (zum Vergleich herangezogenen) Einzelfall heraus zu erfolgen als aus einer anerkannten Struktur im Rahmen der *condictio*.

lieu à répétition, qu'il ait eu lieu avant ou après le jugement.»; ähnlich PH. DIDIER, *Les obligations naturelles*, cit., 260f.

¹⁰⁶ M. KASER, *Rec. a P. CORNIOLEY, Naturalis obligatio*, Genf, 1964, in *ZRG rom.* 83, 1966, 471f; ähnliche Überlegungen schon bei W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 366.

¹⁰⁷ L. MITTEIS, *Operae officiales und operae fabriles*, in *ZRG rom.*, 23, 1902, 154f. will diese Aussage auf alle *operae* beziehen, denn die Unterscheidung stamme erst von Ulpian. Gegen diese Deutung bereits W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 234f.

¹⁰⁸ Zum Vergleichsfall Weiterverkauf vgl. H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., 4-7; kritisch W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift Niedermeyer*, a cura di Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät, Göttingen, 1953, 104-106; zuletzt S. HÄHNCHEN, *Die causa condictiois*, cit., 56 mwN.

2. Mögliche Kontroversen

Celsus und Julian werden von den späteren Juristen meist mit übereinstimmender Ansicht zitiert¹⁰⁹. Nur in fünf Fragmenten stehen ihre Meinungen gegeneinander¹¹⁰; in anderen Fragmenten liegt kein eigentlicher Widerspruch, sondern offenbar eine Fortentwicklung der celsinischen Ansicht durch Julian vor¹¹¹.

a. Kondiktion bei einer wahlweise geschuldeten Leistung

Eine Kontroverse, von der noch Justinian berichtet, betrifft die Kondiktion bei der Wahlschuld.

Iust. C. 4.5.10pr. -2 (a. 530)¹¹²

¹⁰⁹ Vgl. Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.9.1; Ulp. 12 *ad ed.* D. 4.6.26.7; Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.3.13.13; Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.3.16.3; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13.3; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.29; Ulp. 17 *ad Sab.* D. 7.2.1.3; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27pr.; Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.18.1; Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.47.1; Ulp. 25 *ad Sab.* D. 33.8.6pr.; Maec. 8 *fideic.* D. 35.2.30.7; Ulp. 32 *ad Sab.* D. 36.2.12.1; Ulp. 33 *ad Sab.* D. 36.2.12.3; Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14pr.; Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.10; vat. 77.

¹¹⁰ Vgl. Ulp. 5 *ad ed.* D. 2.4.8.2 ... *Celsus ait ... sed Iulianus contra scribit*; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.21.1. ... *secundum Iulianus, ... licet Celsus contra scribit*; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.4.2.1 *ut Celsus putat ... Celsus tamen differentiam facit ... sed si placeat quod Iulianus ... scribit*; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.6.7 *idem Celsus ... sed Iulianus adicit*; vat. 75, 5 ... *ego autem Iuliani sententiam ... probandam puto ... quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus ... refert*.

¹¹¹ Vgl. v.a. Ulp. 5 *disp.* D. 33.4.2pr. ... *et ita Celsus scripsit ... hoc amplius Iulianus scripsit*; Paul. 17 *ad Plaut.* D. 45.1.91.3 ... *et Celsus adulescens scribit ... et sane probabilis haec sententia est, quam quidem Iulianus sequitur*; vat. 1 ... *Proculus et Celsus pro emptore ... Iulianus propter Rutilianam constitutionem ... eum etiam usucapere*. Nur Julian könnte auch Celsus, Iul. 29 *dig.* D. 28.2.13pr. zitiert haben (es bleibt aber unsicher, ob Julian nicht eher ein Reskript des Antoninus Pius mit dieser Referenz zitiert, vgl. D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, 114f.), während Celsus Julian unerwähnt lässt.

¹¹² Zum Text vgl. bereits G. IMPALLOMENI, *Note sull'adempimento dell'obbligazione alternativa ritenuta dal debitore cumulativa o semplice*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, III, Mailand, 1962, 263-276 mwN.

pr. Si quis servum certi nominis aut quandam solidorum quantitatem vel aliam rem promiserit et, cum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur, cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem.

1 Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem.

2 Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani placet sententia, ut ipse habeat electionem recipiendi, qui et dandi habuit.

Justinian berichtet, dass zwischen den klassischen Juristen umstritten gewesen sei, wem das Wahlrecht zustehe, wenn der Schuldner einer Wahlschuld versehentlich beide wahlweise geschuldeten Leistungen erbracht habe. Während Ulpian unter Berufung auf Celsus und Marcellus dem Empfänger der Leistungen, das heisst dem Kondiktionsschuldner, die Wahl gegeben habe, welche Leistung er herausgeben wolle, habe Papinian den ursprünglichen Schuldner, das heisst den jetzigen Kondiktionsgläubiger, als wahlberechtigt angesehen und diese Meinung habe auch Julian vertreten¹¹³. Ihr schliesst sich Justinian an. Für die Kondiktion bedeutet dies, dass der Kondiktionsgläubiger das Wahlrecht hat, welche Sache er vom Gläubiger herausverlangt. Die beschriebene Kontroverse wirkt sich auch auf die Teilleistung einer wahlweise geschuldeten Sache aus, von der Celsus nach Ulpian's Ediktskommentar in seinen Digesten gehandelt haben soll:

¹¹³ Iul. 10 dig. D. 12.6.32.3 *Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet: et ideo si, cum existimaret se stichum promisisse, eum dederit, condicet, alium autem quemlibet dando liberari poterit.*

Cels. Pal. 51 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.6.26.13

Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

Hier hat *ego* in der Stipulation die Leistung einer Wahlschuld *decem aut Stichum* versprochen. Nachdem er fünf gezahlt hat, stellt sich die Frage, ob er diese kondizieren kann. Ulpian betont, die Kondiktion stehe nur offen, wenn *ego* durch die Teilzahlung noch nicht (teilweise) befreit sei. Der Spätklassiker verweist auf Celsus und Marcellus, die in ihren Digestenwerken geschrieben hätten, dass die Schuld nicht zur Hälfte erloschen sei, sondern in der Schwebe bleibe, bis der Schuldner weitere Leistungen erbracht habe¹¹⁴: Zahle er nämlich die restlichen fünf, würde auch die erste Teilzahlung als schulderfüllend angesehen. Leiste er anschliessend aber den Stichus, könne er die fünf als nichtgeschuldete Teilleistung kondizieren. Im Ergebnis zeige also erst die spätere Leistung, ob die gezahlten fünf auf die Schuld gezahlt worden seien oder nicht. Weiter soll Celsus gefragt haben, ob das Wahlrecht durch die Teilzahlung auf den Gläubiger übergegangen sei, er also, nachdem er fünf erhalten hat, statt der Leistung des Stichus

¹¹⁴ Zum Schwebeargument vgl. oben unter III.1.

weitere fünf verlangen könne. Der in den Digesten überlieferte Text gibt dem Schuldner die Kondiktion auf fünf, verneint also implizit ein Wahlrecht des Gläubigers, obgleich – wie der Text einräumt – er ein derartiges Wahlrecht haben soll, wenn der Schuldner irrtümlich gleichzeitig beide alternativ geschuldete Leistungen erbracht hat. Es liegt nahe, dass dieser Konzessivsatz auf einen justinianischen Eingriff zurückgeht, der den Text im Sinne der Konstitution C. 4.5.10pr.-2 Just. (a. 531) harmonisiert. Gleichzeitig zeigt sich, mit wieviel Zurückhaltung die Kompilatoren vorgegangen sind, indem sie nur für den Fall, dass der Schuldner beide wahlweise Leistungen gleichzeitig erbringt, ihre neue Lösung durchgesetzt haben. Für den Fall, dass der Schuldner nur einen Teil (fünf) einer wahlweise geschuldeten Leistung und so dann vollständig die andere wahlweise geschuldete Leistung vornimmt, bleibt es bei Celsus' Lösung, das heisst beim Wahlrecht des Schuldners, der hier der Kondiktionsgläubiger (auf fünf) ist. Genau dieses Wahlrecht hat er durch die nachträgliche Leistung des Sklaven ausgeübt¹¹⁵.

Dagegen zeigt ein Passus aus Julians Digesten, dass Julian genau wie Justinian berichtet von einem Wahlrecht des Kondiktionschuldners ausgegangen ist:

Iul. Pal. 161 = Iul. 10 dig. D. 12.6.32pr.¹¹⁶

Cum is qui Pamphilum aut Stichum debet simul utrumque solverit, si, posteaquam utrumque solverit, aut uterque aut alter ex his desiit in rerum natura esse, nihil repetet: id enim remanebit in soluto quod superest.

In dem Fall hat der Schuldner einer Wahlschuld Pamphilum aut Stichum beide Sklaven geleistet. Wenn man annimmt, dass sein Wahlrecht auch nach dieser Erfüllung bestehen bleibt, könnte er nunmehr

¹¹⁵ Vgl. zutreffend G. IMPALLOMENI, *Note sull'inadempimento dell'obbligazione*, cit., 272.

¹¹⁶ Zum Zusammenhang vgl. auch G. IMPALLOMENI, *Note sull'inadempimento dell'obbligazione*, cit., 268f.

also aussuchen, welchen Sklaven er mit der Kondiktion zurückverlangt. Dieses Recht schränkt Julian für den Fall ein, dass einer der Sklaven bereits verstorben ist (*desiit in rerum natura esse*). Dann gelte mit dem als erfüllt, der übriggeblieben sei.

Die Gründe dieser Kontroverse liegen im Dunkeln. Impallomeni hat gemeint, sie liesse sich aus den verschiedenen Konzeptionen der Wahlschuld erklären¹¹⁷: Für Julian und Papinian erlösche das Wahlrecht mit der (doppelten) Erfüllung durch den Schuldner nicht, sondern der Schwebezustand dauere an, bis er sich zur Rückforderung der einen zuviel geleisteten Sache entscheide¹¹⁸. Dagegen sei der Schwebezustand für Celsus und Marcellus, denen sich auch Ulpian anschliesse, der Schwebezustand auf die Zeit bis zur Leistung mindestens einer erfüllungstauglichen Sache beschränkt. Durch die irrtümliche Doppelleistung verliere der Schuldner sein Wahlrecht also genauso, als ob er nur eine der wahlweise geschuldeten Sachen übergeben habe¹¹⁹.

Aber hiermit wird der Unterschied nur näher beschrieben, nicht aber erklärt, da weiterhin offen bleibt, wie es zur julianischen Vorstellung kommen konnte, dass die doppelte Leistung, obwohl sie ja eine mehr als vollständige Leistung darstellt, nicht zur Erfüllung führen konnte.

b. Leistung an und durch den procurator

Auf den ersten Blick widersprechend sind die Äusserungen der beiden Hochklassiker zur Zahlung durch den *procurator*, wie sie Paulus in seinem Sabinus-Kommentar überliefert:

¹¹⁷ G. IMPALLOMENI, *Note sull'inadempimento dell'obbligazione*, cit., 266: «discendono rigorosamente dalle diverse concezioni che i due gruppi di giuristi avevano in merito all'adempimento dell'obbligazione alternativa.»

¹¹⁸ G. IMPALLOMENI, *Note sull'inadempimento dell'obbligazione*, cit., 267f.

¹¹⁹ G. IMPALLOMENI, *Note sull'inadempimento dell'obbligazione*, cit., 270-272 zu Cels. Pal. 51.

Cels. Pal. 47 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.6.6pr.-2

pr. Si procurator tuus indebitum solverit et tu ratum non habeas, posse repeti Labeo libris posteriorum scripsit: quod si debitum fuisset, non posse repeti Celsus: ideo, quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat.

1. Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit et dominus ratum non habeat, posse repeti.

2. Celsus ait eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari neque ratihabitionem considerari: quod si indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

Iul. Pal. 158 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.6.6.3

Iulianus ait neque tutorem neque procuratorem solventes repetere posse neque interesse, suam pecuniam an pupilli vel domini solvant.

So scheint Celsus in Übereinstimmung mit Labeo davon auszugehen, dass die Leistung durch den *procurator* dann zur Rückzahlung berechtigt, wenn eine Nichtschuld gezahlt wurde (*indebitum*), während Julian dem Tutor und dem *procurator* generell die Rückforderung zu verneinen scheint. Donatuti, Kaser und Claus haben versucht, den Widerspruch dadurch zu überwinden, dass sie unterstellen, Julian handle vom *debitum*, stelle also im Ergebnis nichts anderes fest als Labeo im *principium*¹²⁰. Diesem Harmonisierungsversuch ist indes eine Absage zu erteilen: Zum einen ist nämlich genauer zu untersuchen, wem Labeo und Celsus im *principium* die Rückforderung versagen, zum andern spricht der palingenetische Kontext von § 3 dagegen, hier ohne weiteren Texthinweis von der Leistung eines *debitum* auszuge-

¹²⁰ A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, cit., 292, der auch meint, dass das *principium* von der Rückforderung durch den *procurator* handelt.

hen¹²¹. Bei unbefangener Lektüre bezieht sich die passiv wiedergegebene Aussage des Labeo *posse repeti* nicht – wie Claus und Kaser meinten – auf den *procurator*, sondern auf den Geschäftsherrn (*tutoratum non habeas*)¹²². Genehmigt der Geschäftsherr die Zahlung der Nichtschuld durch den von ihm beauftragten *procurator omnium bonorum* nicht, ist sie wie jede Nichtschuld zurückzufordern. Nur zu dieser Auffassung des ersten Teils des *principium* fügt sich dann auch der Fortgang der Stelle, vor allem die von Claus noch angegriffene Begründung des Celsus für den Kondiktionsausschluss bei Zahlung eines *debitum*: Zu derartigen Zahlungen gilt der *procurator omnium bonorum* als ermächtigt, so dass es keiner weiteren *ratihabitio* bedarf¹²³. Wie Apathy richtig gesehen hat, bedeutet die von Paulus in § 3 angeführte Meinung Julians diesbezüglich keinen Widerspruch, denn sie bestätigt nur das, was sich auch aus anderen Fragmenten ableiten lässt: Die Zahlung des *procurator* – und noch mehr die Zahlung durch den *tutor* als Vermögensverwalter des Mündels – gelten als Leistungen des Geschäftsherrn bzw. des Mündels, so dass *tutor* und *procurator* Zahlungen in ihrer Funktion nicht selbst zurückfordern können, sondern immer nur das Mündel selbst (freilich mit Zustimmung des *tutor*) und der Geschäftsherr. In dieser Deutung der paulinischen Erörterung rundet Julians Äusserung die Überlegungen des Labeo und Celsus ab, indem sie ausdrücklich sagt, was die beiden anderen Juristen voraussetzen. Im Ergebnis geht es mithin Celsus wie Julian um die Reichweite der Befugnisse des *procurator*. Und im Ergebnis greifen beide auf die Ermächtigung, das *mandatum* oder *issum* zurück, welches der Ge-

¹²¹ Vgl. P. APATHY, *Procurator und solutio*, in *ZRG rom.*, 76, 1979, 70-77 mwN.

¹²² A. CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung*, cit., 292f., M. KASER, *Stellvertretung und ,notwendige Entgeltlichkeit'*, in *ZRG rom.*, 91, 1974, 201 Fn. 210. Weitere Lit. bei P. APATHY, *Procurator und solutio*, cit., 74 Fn. 37.

¹²³ Zur *ratihabitio* vgl. zuletzt A. WACKE, *Ratum habere- Dogmengeschichtliche Grundlagen von Bestätigung und Genehmigung*, in *ZRG rom.*, 121, 2004.

schäftsherr erteilt hat¹²⁴. Damit ist dieser Fall entgegen mancher Stimmen in der Literatur bei der Betrachtung der Kontroversen zwischen den beiden Juristen auszunehmen. Im hier untersuchten Corpus bleibt es damit alleinig bei der Kontroverse um die Wahlschuld, von der noch Justinian berichtet.

Deutlichere Unterschiede zeigt ein Vergleich der Argumentationsweise, die bisher für beide nur getrennt untersucht worden sind¹²⁵.

IV. Zur Argumentationsweise der beiden Juristen

An dieser Stelle sollen nicht die philosophisch-rhetorischen Einflüsse, denen beide Juristen möglicherweise ausgesetzt waren, untersucht werden¹²⁶. Nach der hier gewählten Perspektive muss es vielmehr um eine genauere Beschreibung des Vorgehens mit Blick auf die Klageformel gehen, wobei zu versuchen ist, für beide Juristen typische Argumentationsweisen herauszufinden. Zu diesem Zweck sind zunächst die Argumente, die beide im Abschnitt zum Edikt *si certum petetur* entwickeln, mit Blick auf die Formel der *condictio* zu klassifizieren.

¹²⁴ Interessant in diesem Zusammenhang die Ausführungen Julians zum *procurator omnium bonorum*, vgl. Iul. 54 dig. D. 46.3.34.3 (...) *nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant*, dazu bereits F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio*, cit., 153f. mwN. Sie entsprechen der Begründung des Celsus im *principium*.

¹²⁵ Zu Celsus vgl. vor allem H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus*, cit., 385-407; F. WIEACKER, *Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura*, 13, 1962, 1-21; M. BRETONNE, *Note minime su Celsus Filius*, in *Labeo*, 9, 1963, 331-345; zuletzt ausführlich J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., mwN. Zu Julian vgl. vor allem E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz, 1965; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza*, cit., bes. 1-49, 161-206. Weitere Nachweise zu Julian bei D. LIEBS, *Jurisprudenz*, cit., 101.

¹²⁶ Zu diesen vgl. vor allem V. SCARANO USSANI, *Valori e storia*, cit., DERS. *L'utilità e la certezza*, cit., und DERS., *Empiria e dogmi*, cit.

1. Celsus

Betrachtet man die hier untersuchten Fragmente des Celsus aus dieser Perspektive treten drei typische Argumentationsmuster hervor: Zum einen die Berufung auf die *aequitas*, sodann die Motivation der Prozessparteien und letztlich Beweisvermutungen im Sinne der *coniectura*.

a. Aequitas

Dass Celsus besonders häufig die *aequitas* bemüht, um eine Entscheidung zu rechtfertigen, ist keine Neuigkeit. Offenbleiben muss aber, ob sich dies wirklich aus der von ihm überlieferten Definition des *ius* ergibt¹²⁷. Schon die kasuistische Struktur des Werkes verlangt, das *aequitas*-Argument jeweils in seinem jeweiligen Kontext und unter genauer Berücksichtigung des zu entscheidenden Sachverhaltes zu würdigen¹²⁸:

Cels. Pal. 42 = Cels. 6 dig. D. 12.1.32

(...) subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existemem (...) quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est.

Hier ist bisher in der Literatur keine Einigkeit erzielt worden, ob mit *propius est* und dem Verweis auf *bonum et aequum* die *condictio* nur ausnahmsweise gewährt wird oder ob sich Celsus «im Rahmen der hergebrachten Dogmatik bewegt»¹²⁹. Zu Recht ist hervorgehoben

¹²⁷ Zu dieser Frage vgl. v.a. P. CERAMI, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, in *AUPA.*, 38, 1985, 5-250; F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI.*, 53, 1987, 7-52; zuletzt kritisch A. MANTELLO, *La retorica di Celso Figlio. A proposito d'una quaestio de bono et aequo*, in *Studi Nicosia*, V, Mailand, 2007, 121-142.

¹²⁸ M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso*, cit., 3 mit Nachweisen Fn. 8.

¹²⁹ So S. HEINE, *Condictio sine datione*, cit., 49f. mit Fn. 123; für eine Vernachlässigung der bestehenden Dogmatik dagegen J.D. HARKE, *Argumenta*

worden, dass der Komparativ auf zwei Möglichkeiten weist, von der der Jurist eine zurückweist¹³⁰. In der Tat wendet sich Celsus dagegen, die *condictio* wegen Fehlens des *negotium contractum* zu verweigern. Er lässt es genügen, dass das Geld des *ego* an *tu* gelangt ist¹³¹. Wie oben begründet, ist dieser Wechsel von der vertraglichen Begründung zur unberechtigten Vorenthaltung ein geschicktes Spiel mit der Flexibilität der Formel, die schon durch Gai. 3, 90 und Gai. 3, 91 bewiesen wird und daher als klassisch anzusehen ist¹³².

Ebenfalls einen formularen Hintergrund hat der Hinweis auf die *naturalis aequitas* in

Cels. Pal. 44 = Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.6-8

(...) Et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse (...)

Wie oben ausgeführt, dürfte Celsus' Argument darauf abzielen, die *exceptio* als ausreichenden Grund für eine Rückforderung der gezahlten Freilassungssumme anzusehen. Durch diese Gesamtbetrachtung von Fideikommiss und Testament überwindet er die Grenzen zwischen *ius civile* und *ius novum*, und genau dies zeigt der Hinweis

Iuventiana, cit., 140; ähnlich S. HÄHNCHEN, *Die causa condictiois. Ein Beitrag zum klassischen Kondiktionenrecht*, Berlin, 2003, 87.

¹³⁰ F. RABER, *Hoc animo dare*, cit., 65, gleichsinnig J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 140.

¹³¹ Die interpolationistische Literatur hat dagegen die Verbindung von *iniusta causa* und *aequitas* geleugnet, vgl. nur F. SCHWARZ, *Grundlage der condictio*, cit., 304f. und F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, cit., 138-150. Umfassende Nachweise zur Frage bei A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 456 Fn. 102.

¹³² Vgl. oben III.1.b. Zu Gai. 3, 90f. vgl. H.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, Berlin, 1999, 80-93; anders als hier J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana*, cit., 144: «bleibt ... im Schema der Leistungskondiktion, stellt jedoch ausnahmsweise geringere Anforderungen.», der freilich auf die Klageformel nicht eingeht. Zur Einheit des klassischen Bereicherungsrechts vgl. bereits W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung*, cit., 138-140, der freilich das bloße Erlangen *iniusta causa* nicht als klassischen Anwendungsfall ansehen will.

auf die *naturalis aequitas* an: Nicht die Formenwahl, sondern die Letztberechtigung des Erben entscheidet, ob er das Geld behalten darf¹³³.

Auch der Hinweis auf die Zahlung eines nach *ius gentium* rückzahlbaren *indebitum* dürfte im Zusammenhang zur *iniusta causa* stehen¹³⁴.

Cels. Pal. 53 = Cels. 6 *dig.* D. 12.6.47

(...) ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit (...)

Da dem Bürgen jedenfalls die Einrede des Hauptschuldners zur Seite stünde, dass schon die Hauptschuld nicht bestanden hätte, muss er das gezahlte zurückfordern können, selbst wenn es nach *ius civile* (wegen fehlender Akzessorietät der *sponsio*) nicht zurückgefordert werden könnte.

Dass die Berücksichtigung berechtigter Interessen nicht stets ein pauschales Billigkeitsargument bedeutet, zeigt auch der Hinweis, dass die Schätzung des Wertes nicht unmittelbar vor dem Todeszeitpunkt erfolgen darf, sondern eine gewisse Zeit davor stattfinden soll:

Cels. Pal. 56 = Ulp. 27 ad ed. D. 13.3.3

(...) mortis tempus, sed en platei secundum Celsum erit spectandum: non enim debet novissimum viate tempus aestimari, ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte mortifere vulnerato.

Da schon die *lex Aquilia* die Verpflichtung des Richters kennt, den Wert des Sklaven nicht am Todeszeitpunkt, sondern im Jahr vor dem Versterben zu bemessen¹³⁵, ist es keineswegs überraschend, dass Celsus diese Regel der deliktischen Schadensschätzung auch auf die Schätzung des *quanti ea res est* überträgt.

¹³³ Vgl. oben III.1.c.

¹³⁴ Vgl. oben II.1.

¹³⁵ Vgl. Gai. 3, 210 und Gai. 3, 214, dazu H.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 182-225. Die Deliktobligationen*, Berlin 2007, 211-221.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass sich Celsus in den Fragmenten zur *condictio* zwar oft auf *bonum et aequum* und die *aequitas* beruft, damit aber keine dem Recht fremden Wertungen einführt. Vielmehr entwickelt er bestehende Rechtsvorschriften fort, indem er die Freiräume nutzt, die die Klageformel bietet.

b. Bewertung des Parteiverhaltens

Typisch celsinisch ist in den Fragmenten zur hier untersuchten Ediktsrubrik auch die Bewertung des Parteiverhaltens, vor allem mit Blick auf prozessuale Risiken und auf Zwecke der Kautelarpraxis. Dies gilt zunächst für das Fragment, in dem Celsus vom Streitgegenstand der *condictio* handelt:

Cels. Pal. 41 = Ulp. 26 ad ed. D. 5.1.61pr.

(...) sed Celsus ait periculose esse ex persona rei hoc metiri, qui semper ne condemnetur hoc dicet non convenisse (...)

Hier soll der Kläger vor der Gefahr geschützt werden, dass der Beklagte angesichts der abstrakten Formulierung der Klageformel behauptet, ein entsprechender Rechtsgrund sei nicht Gegenstand der Verhandlungen vor und *in iure* geworden, könne nun also die Verurteilung nicht begründen¹³⁶.

Ähnlich formal ist das von Celsus bekämpfte Argument in:

Cels. Pal. 43 = Cels. 6 *dig.* D. 12.1.42

pr. (...) si decem petiero a Titio, non liberatur Seius, alioquin nequicquam mihi cavetur (...)

1 (...) quo scilicet significat non esse cogendum eum accipere iudicium, si reum locupletem offerat.

Der Jurist sieht die Gefahr, dass der Beklagte, das heisst Seius, versucht, sich auf das Erlöschen der Schuld durch *litis contestatio* im Verhältnis zu Titius zu berufen. Einer derartigen Argumentation erteilt

¹³⁶ Vgl. oben II.1.

Celsus eine Abfuhr, indem er auf den Zweck der Ausfallbürgschaft verweist. Umgekehrt kann der Stipulator, der sich *decem dari curari* hat versprechen lassen, nicht auf die Zahlung von *decem* klagen, wenn der Versprechende einen zahlungswilligen und -fähigen Dritten stellt¹³⁷.

Eine genaue Prüfung des Geschäftszwecks verlangt Celsus auch für die Stipulation, mit der versprochen wird, einen Bürgen zu beschaffen:

Cels. Pal. 58 = Cels. 6 *dig.* D. 42.1.13

(...) *idque aut tantundem erit aut minus aut interdum etiam nihil: neque enim vani timoris ulla aestimatio est.*

Der Stipulator soll hier nur dann auf das Interesse klagen können, wenn überhaupt eine Gefahr bestanden hat, dass der Schuldner nicht zahlte, denn «vergebliche Furcht könne nicht geschätzt werden»¹³⁸.

c. *Coniectura* (Beweisfragen)

Auf eine konkrete Prozess Erfahrung weisen auch die zahlreichen Belege für *coniectura*, das heisst Wahrscheinlichkeitsschlüsse, die der vorläufigen oder definitiven Ausfüllung des Beweises dienen¹³⁹. Hierher gehören zunächst die Ausführungen zum Umfang der Beauftragung des *procurator omnium bonorum*:

Cels. Pal. 47 = Paul. 3 *ad Sab.* D. 12.6.6pr.-2

pr. (...) *quoniam, cum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea exspectandum sit, ut ratum habeat.*

¹³⁷ Vgl. oben II.1.

¹³⁸ Vgl. oben II.1.

¹³⁹ Zum Begriff der *coniectura* vgl. nur Quint. 3, 6, 5. Es handelt sich um einen *status rationale* des *genus iudiciale*. Einzelheiten bei H. LAUSBERG, *Handbuch der literarischen Rhetorik. Eine Grundlegung der Literaturwissenschaft*, Stuttgart, 2008⁴, 64-71.

2 (...) quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo, si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.

Indem Celsus dem Geschäftsherrn das Verhalten seines *procurator* zurechnet, weil dies dem allgemeinen Zweck der Beauftragung eines *procurator* diene, schneidet er dem Geschäftsherrn das Argument ab, er habe im konkreten Fall keinen entsprechenden Auftrag erteilt¹⁴⁰.

Genau dies soll auch bei Zahlung des Bürgen im Namen des Hauptschuldners gelten:

Cels. Pal. 53 = Cels. 6 dig. D. 12.6.47

(...) nec expectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur (...)

Dagegen verneint Celsus die denkbare *coniectura* in:

Cels. Pal. 54 = Cels. 6 dig. D. 12.6.48

(...) si, priusquam id factum fuerit, quod promisit dederit, non videbitur fecisse quod promisit atque ideo repetere potest.

Dass der unter einer Bedingung Versprechende zahlt, bedeute nicht, dass die Bedingung, hier ein Handeln des Versprechenden, auch tatsächlich eingetreten sei.

Ebenso erneut an die Beweislast erinnert der Jurist mit Blick auf die *lex Falcidia* in:

Cels. Pal. 55 = Cels. 6 dig. D. 22.3.17

(...) quod dum probare non potest, merito condemnabitur.

Der Erbe, der nicht beweisen kann, dass diese eingreift, wird zu Recht auf Leistung der ungekürzten Legate verurteilt werden.

d. Bewertung mit Blick auf die Klageformel

Die in Celsus' Digesten festgestellte Tendenz, mittels *aequitas*, Bewertung des Parteiverhaltens und *coniectura* zu argumentieren, bestätigt sich bei einem Blick auf die übrigen Fragmente des Gesamt-

¹⁴⁰ Vgl. oben III.2.b.

werkes¹⁴¹. Diese Argumente sind durchaus im Zusammenhang mit der häufig hervorgehobenen Polemik des Celsus¹⁴² zu sehen, vor allem mit Äusserungen, die den Gegner der Lächerlichkeit preisgeben¹⁴³: Celsus geht es erkennbar darum, klar Stellung zu beziehen zum Schutz oder zur Abschreckung einer Partei ebenso wie als Kritiker der gegensätzlichen Rechtsansicht. Aus diesem Grund drängt sich schon aufgrund dieser unvollständigen Durchsicht der Eindruck auf, die celsinische Argumentation sei stark prozesspraktisch orientiert. Gerade der Hinweis auf Vermutungswirkung einer Tatsache oder eines Sachzusammenhangs zeigt dabei sehr deutlich, dass Celsus um die Grundsätze der Beweislastverteilung weiss und diese in seinem argumentativen Kalkül immer mit berücksichtigt. In eine ähnliche Richtung weisen die Argumente aus dem Vorverhalten oder dem üblichen Verhalten der Parteien: Sie beweisen, dass Celsus um prozesstaktische Kniffe ebenso weiss wie um typische Vertragsvereinbarungen und Geschäftszwecke, die er entsprechend unterstellt, wenn die Parteien nichts Gegenteiliges geltend machen oder die gar unwidersprochen bleiben. Im Lichte dieses prozesspraktischen Eindrucks der celsinischen Argumentation könnte man sich die Frage stellen, ob nicht auch die *aequitas*, die der Jurist öfter,

¹⁴¹ Die folgende Aufstellung beruht auf einer Durchsicht der Palingenesie auf evidente Bezugnahmen. Eine vollständige Exegese des Digestenwerkes kann an dieser Stelle nicht erfolgen.

¹⁴² Zur rhetorischen Frage vgl. Pal. 23 = Cels. 3 *dig.* D. 42.1.39; Pal. 36 = Ulp. 22 *ad ed.* D. 11.1.11.8; Pal. 37 = Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.5pr.; Pal. 79 = Cels. 8 *dig.* D. 19.1.38; Pal. 127 = Cels. 16 *dig.* D. 28.5.60.1-7; Pal. 183 = Cels. 21 *dig.* D. 36.1.2; Pal. 184 = Ulp. 52 *ad ed.* D. 39.1.1.10.

¹⁴³ Pal. 10 = Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.9.1.; Pal. 32 = Cels. 5 *dig.* D. 8.6.6.1b-c; Pal. 62 = Cels. 6 *dig.* D. 15.1.6; Pal. 90 = Cels. 10 *dig.* D. 37.6.6; Pal. 106 = Cels. 12 *dig.* D. 47.2.68.2; Pal. 113 = Cels. 15 *dig.* D. 28.1.27; Pal. 137 = Cels. 17 *dig.* D. 30.63; Pal. 149 = Ulp. 17 *ad Sab. vat.* 75; Pal. 168 = Cels. 19 *dig.* D. 33.10.7; Pal. 195 = Cels. 23 *dig.* D. 41.2.18.1; Pal. 211 = Cels. 25 *dig.* D. 43.24.18.; Pal. 257 = Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.21.1; Pal. 260 Ulp. 18 *ad ed.* = Coll. 12.7.10 = D. 9.2.27.12; Pal. 277 = Ulp. 31 *ad Sab.* Zur Polemik des Celsus vgl. bereits F. WIEACKER, *Amoenitates Iuventianae*, cit., und M. BRETONNE, *Note minime*, cit.

aber doch seltener als die beiden anderen Argumente bemüht, nicht eher ein Mittel der Überzeugung im Einzelfall ist als eine allgemeine rechtstheoretische Ausrichtung des hochklassischen Juristen¹⁴⁴.

Allgemeines Kennzeichen der celsinischen Argumentation ist damit die prozesspraktische Orientierung, welche sich auch in einer stillschweigenden Bezugnahme auf die Klageformel und die Beweislastverteilung, vor allem aber in einer starken kasuistischen Prägung seiner Darlegungen zeigt.

2. Julian

Als typisch für Julian ist im hier untersuchten Corpus die Argumentation aus einem Vergleichsfall zu nennen, der dem zu entscheidenden Sachverhalt ähnlich ist und – im Gegensatz zum Hauptfall – eine evidente Rechtsfolge aufweist. Hinzu tritt die Argumentation, die man als «dogmatisch» bezeichnen kann, insoweit sie sich auf einen Lehrsatz beruft, der als feststehend und für sich gültig erscheint¹⁴⁵.

a. Argumentation mit einem Vergleichsfall

Die Argumentation aus einem Vergleichsfall ist begegnet in:

Iul. Pal. 147 = Pomp. 6 ex Plaut. D. 12.1.8¹⁴⁶

(...) nam Iulianus ait et traditiones ab herede factas ad it tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.

Iul. Pal. 148 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.9.8¹⁴⁷

¹⁴⁴ Zur Bedeutung der *aequitas* in der *controversia* vgl. nur Quint. 7, 6, 6.

¹⁴⁵ Der Begriff bedürfte näherer Klärung. Zu einem Überblick vgl. zuletzt N. JANSEN, *Rechtsdogmatik im Zivilrecht*, in *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/Joomla/2011> (zuletzt eingesehen am 31.10.2011).

¹⁴⁶ Vgl. oben III.1.a.

(...) Iulianus quoque (...) scribit (...) cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.

Iul. Pal. 149 = Pomp. 6 ex Plaut. D. 12.1.12¹⁴⁸

(...) conditionem furioso adquiri Iulianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex isdem etiam furioso adquiri. (...)

Iul. Pal. 163 = Paul. 3 quaest. D. 12.6.60pr.¹⁴⁹

(...) quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset : licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet : similemque esse ei dicit, qui ita promisit (...)

Wie bereits oben näher ausgeführt dient sie in allen drei Fragmenten dazu, eine Rechtsfolge zu rechtfertigen, die in einer *res dubia* ebenso Anwendung finden soll wie in diesen klaren Fällen¹⁵⁰. Nähere Untersuchung verdient die dogmatische Argumentation, wie sie ebenfalls als typisch Julian im hier untersuchten Corpus anzusehen ist.

b. Dogmatische Argumentation

Die typischerweise mit *enim* eingeleiteten Begründungen verweisen auf Konzepte, die bei Celsus nicht feststellbar sind, bei Julian aber als feststehend und ohne weiteren Begründungsaufwand gültig angesehen werden. Sie lassen sich mit Horak untergliedern in «Begründungen aus der juristischen Konstruktion»¹⁵¹ und «Begründungen aus Rechtsbegriffen»¹⁵². «Begründungen aus der juristischen Konstruktion»

¹⁴⁷ Vgl. oben II.2.

¹⁴⁸ Vgl. oben II.2.

¹⁴⁹ Vgl. oben II.2.

¹⁵⁰ Ausführlich zu dieser Technik bereits T. GIARO, *L'art de comparer les cas*, in *SDHL*, 60, 1994, 507-531.

¹⁵¹ F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Aalen, 1969, 129-146.

¹⁵² F. HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 147-170.

finden sich in:

Iul. Pal. 156 = Paul. 3 ad Sab. D. 12.4.14¹⁵³

(...) non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente (...)

Iul. Pal. 161 = Iul. 10 dig. D. 12.6.32pr.¹⁵⁴

(...) id enim remanebit in soluto quod superest.

Iul. Pal. 162 = Iul. 10 dig. D. 12.6.32.3¹⁵⁵

Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem aut decem debet (...)

In Iul. Pal. 156 postuliert Julian einen von der Klageformel nicht vorgegebenen Unterschied zwischen der Nichtschuld und der Kondiktion wegen Zweckverfehlung. In ganz ähnlicher Weise dient die Beschreibung des *in soluto remanere* zur Begründung der Rechtsfolge in Iul. Pal. 161. Und nur die Behauptung der Ähnlichkeit trägt die Rechtsfolge in Iul. Pal. 162.

Als «Begründung aus Rechtsbegriffen» ist zunächst die Berufung auf die *iusta causa* zu nennen:

Iul. Pal. 154 = Iul. 10 dig. D. 12.2.39

(...) est enim iusta conventio, si quaelibet causa in condicione iurisiurandi deducta fuerit (...)

Iusta conventio steht hier für eine Vereinbarung, die ohne weitere *exceptio* ihre hemmende Wirkung gegenüber der Verpflichtung entfaltet und damit ohne weiteres die *condictio* begründet¹⁵⁶. Auch die für Julian im Gegensatz zu Celsus häufige Ablehnung einer *condictio* wegen einer *naturalis obligatio* gehört zu diesem Kreis der Argumente:

Iul. Pal. 160 = Ulp. 26 ad ed. D. 12.6.26.12

¹⁵³ Vgl. oben II.2.

¹⁵⁴ Vgl. oben II.2.

¹⁵⁵ Vgl. oben II.2.

¹⁵⁶ *Iusta conventio* ist ein typischer Ausdruck Julians für rechtswirksame Vereinbarungen, vgl. Iul. 6 ad Minuc. D. 2.14.56; Iul. 15 dig. D. 18.5.5.2; Iul. 18 dig. D. 23.4.18.

(...) Iulianus (...) scripsit: natura enim operae patrono libertus debet (...)

Iul. Pal. 162 = Iul. 10 dig. D. 12.6.32.2

(...) sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.

c. Bewertung und Vergleich mit anderen Teilen des Digestenwerkes

Dass Julian bevorzugt mithilfe von Vergleichsfällen argumentiert, ist in verschiedenen Studien bewiesen worden¹⁵⁷. Durch den Vergleich zu Celsus lässt sich dieses Ergebnis noch stärker pointieren: Anders als Celsus sucht Julian die Argumente nicht im Fall selbst, sondern im Vergleichsfall. Man kann dies als einen vergleichsweise höheren Abstraktionsgrad ansehen, weil nicht mehr aus der unmittelbaren Prozesssituation, sondern aus dem «Recht», wie es der Vergleichsfall bildet, argumentiert wird. Damit treten – wie das Material Julians zeigt – beweisrechtliche Fragen ebenso in den Hintergrund wie Parteimanöver oder prozessuale Risiken. Entscheidend wird vielmehr die rechtliche Bewertung, die Rechtsfrage, was sich auch in den als «dogmatisch» zu beschreibenden Argumentationsweisen zeigt¹⁵⁸.

3. Abschliessender Vergleich der Argumentationsweisen

Die Beschreibung der julianischen Argumentation als «dogmatisch» bedeutet freilich nicht, dass Julian die Beweisfrage vollständig ignoriert. Der Akzent seiner Betrachtungsweise ist aber ein anderer als der des Celsus, wobei umgekehrt betont sei, dass sich auch bei Celsus

¹⁵⁷ E. BUND, *Untersuchungen zur Methode Julians*, cit., bes. 10-96; Verzeichnis der Fälle 184-196.

¹⁵⁸ Vielleicht liegt hierin der Grund für die grosse Verehrung, die Julian in der modernen Literatur erfährt. Vgl. nur die emphatischen Äusserungen von F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, II, München, 2006, 99f.

dogmatische Argumente finden lassen¹⁵⁹. Trotz dieser Einschränkung ist Celsus klar von der *quaestio facti*, Julian dagegen dogmatisch geprägt. Dazu passt, dass Julian, wie in der Literatur bereits mehrfach hervorgehoben wurde, dialektisch-philosophische Kenntnisse aufweist, während derartige Hinweise für Celsus, der in seiner Polemik eher die Rhetorik zu nutzen scheint, fehlen. Dagegen ist die julianische Sprache zu Recht als besonders zurückhaltend beschrieben worden.

Dennoch wird man sich vor zu grosser Verallgemeinerung dieser Tendenzen hüten müssen, denn beide Juristen werden von den späteren immer wieder gemeinsam zitiert, um die Wahrheit einer bestimmten Aussage zu belegen¹⁶⁰, stehen also vielleicht von der Vorgehensweise auseinander, nicht aber mit Blick auf die rechtlichen Lösungen. Aus diesem Grund muss m.E. auch offenbleiben, ob sich die argumentativen Besonderheiten wirklich aus einer unterschiedlichen philosophischen Prägung erklären lassen oder vielleicht doch eher aus den Unterschieden, die die Karrieren der beiden trotz gemeinsamer Mitarbeit im *consilium* des Hadrian, prägen. Dabei wäre auch die viel zu selten gestellte Frage zu untersuchen, nach welchen Kriterien die Juristen die Fälle auswählten¹⁶¹, die sie zur Veröffentlichung freigaben¹⁶². Letztlich wäre auch zu berücksichtigen, dass die Überlieferung, insbesondere die von Justinian so sehr betonte Rolle Julians als Redakteur des prätorischen Edikts, für gewisse Überzeichnungen verantwortlich sein kann.

Für die hier gestellte Aufgabe genügt die Feststellung, dass die

¹⁵⁹ Vgl. oben unter III.1.b: *negotium contractum*.

¹⁶⁰ Vgl. bereits Nachweise oben III.2.

¹⁶¹ Überlegungen zu Celsus in Ulp. 26 ad ed. D. 12.4.3.7 bei M. TALAMANCA, *L'aequitas naturalis e Celso*, cit., 38: «il caso presentatosi a Celso padre (...) fosse abbastanza particolare e non riguardasse semplicemente l'esperibilità della conditio.».

¹⁶² Hier wären auch die Überlegungen Mommsens zum Begriff *digesta* erneut zu würdigen, vgl. TH. MOMMSEN, *Die Bedeutung des Wortes digesta*, in B. KÜBLER (a cura di), *Gesammelte Schriften*, I, Berlin, 90-96 und speziell zu Julian: DERS., *Ueber Julians Digesten*, in *Gesammelte Schriften*, cit., 7-20.

Digestenwerke der beiden Hochklassiker, soweit sie das Edikt *si certum petetur* betreffen, klare thematische und klar argumentative Unterschiede aufweisen. Dies rechtfertigt daher nicht nur die Annahme, dass die Formelorientierung der römischen Jurisprudenz keineswegs Individualität verhinderte, sondern sogar die Hypothese, dass diese Unterschiede auch an anderen Teilen der Digestenwerke feststellbar sein müssten.

V. Ergebnisse

Die vorläufigen Ergebnisse dieser Untersuchung können thesenartig wie folgt formuliert werden:

(1) Vergleicht man die Digestenwerke des Celsus und des Julian mit Blick auf das Edikt *si certum petetur* zeigen sich neben den Übereinstimmungen, die sich auf die Klageformel der *condictio* zurückführen lassen, auch übereinstimmende Strukturen und Vorstellungen, die nicht unmittelbar aus der Formel abzuleiten sind. Zu nennen sind hier die rückblickende Bewertung der *datio*, das *negotium contractum* sowie Fragen der Rechtsgrundlosigkeit und der Kondizierbarkeit von *operae*.

(2) Obgleich diese dogmatischen Strukturen in anderen Zusammenhängen, das heisst, in ganz unterschiedlichen Sachverhalten angesprochen werden, zeigt sich eine grosse Übereinstimmung beim Gebrauch dieser Figuren.

(3) Eine echte Kontroverse bildet im Rahmen der *condictio* nur die Behandlung des Rückforderungsrechts bei irrtümlich doppelter Erfüllung der wahlweise geschuldeten Leistungen. Keine Kontroverse besteht dagegen mit Blick auf die Rückforderung von unberechtigten Leistungen des *procurator*.

(4) Grosse Unterschiede sind mit Hinblick auf die Argumentationsweise zu beobachten: Celsus' Argumentation ist als prozessprak-

tisch zu bezeichnen, da er sich vornehmlich mit Beweisfragen und Prozesstaktik befasst und im Einzelfall auch auf *coniectura* oder *aequitas* zurückgreift, um ein erwünschtes Ergebnis zu rechtfertigen. Julians Argumentation dagegen erfolgt stärker von der konkreten Prozesssituation entfernt und lässt sich als Versuch beschreiben, durch den Vergleich von Fällen und durch die Postulation juristischer Konstruktionen zu einer weitergehenden Abstraktion zu gelangen.

(5) Obwohl beide Juristen, Celsus wie Julian, in ihrem Digestenwerk auf die Klageformel der *condictio* zurückgreifen und diese als Grundlage ihrer Argumentation heranziehen, zeigt die nähere Untersuchung ihrer Erörterungen zum Edikt *si certum petetur*, dass die Ausfüllung des von der Klageformel gegebenen Rahmens Raum für individuelles Vorgehen bietet.

(6) Die Klageformel bzw. das «Aktionendenken» stehen damit der Feststellbarkeit individueller Züge in der juristischen Literatur der Hochklassik nicht entgegen.

(7) Diese Ergebnisse sind vorläufiger Natur und beziehen sich auf die Fragmente zur Ediktsrubrik *si certum petetur*. Sie bedürfen daher der systematischen Überprüfung am Gesamtwerk und der theoretischen Präzisierung anhand eines umfangreicheren Quellenmaterials.

Anhang: Zum Begriff «Aktionendenken»

Die Ergebnisse, insbesondere die Tatsache, dass sich das Vorgehen beider Juristen aus der Klageformel erklären lässt, ohne formeltechnisch einheitlich zu sein, führen zur Frage, ob es treffend und weiterführend ist, die Methode der römischen Juristen allgemein mit dem Begriff «Aktionendenken» zu kennzeichnen.

So legt der Vergleich von Celsus und Julian nahe, dass der Begriff «Aktionendenken» eine Simplifizierung bedeutet, insofern dieses Etikett ein einheitliches Vorgehen aller klassischen Juristen mit der Formel nahelegt. Dass es hingegen kein uniformes formulars

Denken der klassischen römischen Juristen gibt, belegen auch andere Untersuchungen zu Formeltechnik und Juristenmethode, denn «der Bruch in der Prozessgeschichte [geht] mitten durch die Klassik»¹⁶³. Während die Spätklassiker eher materiellrechtlich argumentierten, hätten die Juristen bis einschliesslich Julian präzise Vorstellungen von Formelgestalt und Formelanpassung gehabt¹⁶⁴. Dass aber selbst diese die Formel nicht als Korsett, sondern als Ausgangspunkt nehmen, dürfte der Vergleich von Julian und Celsus gezeigt haben.

Weiter fällt auf, dass die klassische Formulierung des «Aktionendenkens» den Bezug zur *quaestio facti* leugnet:

«Der oft wiederholte Satz: ‚die Klassiker behandeln das Privatrecht vom Standpunkt des Prozesses‘ ist ungenau; sie behandeln das Recht, (...) grundsätzlich nicht vom Standpunkt des Beweis erhebenden Richters. Die klassische Jurisprudenz ist nicht schlechthin prozessrechtlich orientiert, sondern aktionenrechtlich. Auf weiten Gebieten des Rechtes beschränkt sich die Jurisprudenz auf die Interpretation der im Edikt proponierten Rechtsbehelfe, insbesondere der Aktionen(...)»¹⁶⁵

Demgegenüber hat die Untersuchung der celsinischen Digesten sehr klar ergeben, dass der Jurist die *questio facti* berücksichtigt, indem er nicht nur die Beweisbarkeit und schwierige Beweislagen reflektiert, sondern auch *coniectura* formuliert. Diese Beobachtung fügt sich nahtlos zu der Annahme, dass die Formel auch die Beweislastverteilung

¹⁶³ W. SELB, *Formulare Analogien in ‚actiones utiles‘ und ‚actiones in factum‘ am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III Mailand, 1982, 318 Fn. 8 (Kritik an Sotty). Vgl. bereits zuvor DERS., *Actiones in factum und Formeltechnik*, in *Festschrift Demelius*, Wien, 1973, 231.

¹⁶⁴ W. SELB, *Formulare Analogien am Beispiel Julians*, cit., 329-331 bes. zu Paulus, 331-350 zu Julian; DERS., *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in *Studi Sanfilippo*, V, Mailand, 1984, 729-759 zu den Juristen vor Julian.

¹⁶⁵ F. SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts*, Berlin, 1934, 28f.; ähnlich M. KASER, *Römisches Privatrecht*, I, München, 1971², 226.

regelt, die *quaestio facti* also mitbestimmt¹⁶⁶. Es gibt daher keinen Grund diese Fragen bei der Untersuchung der Formelbindung auszublenken, vor allem, wenn zutrifft, dass diese Beweisfragen bereits im Rahmen der vorprozessualen Parteiverhandlungen und der *editio instrumentorum* zu berücksichtigen waren¹⁶⁷.

Dass die Sigle vom «Aktionendenken» einerseits zu sehr vereinfacht, andererseits Postulaten verpflichtet ist, die nicht zutreffen, könnte daher rühren, dass sie ursprünglich gar nicht als Handlungsanleitung für den Romanisten, sondern zur Abgrenzung von modernem und römischem Rechtsdenken formuliert wurden. Grundlegend hierfür ist die Untersuchung Windscheids, der den Anspruchsbegriff bekanntlich gerade in Abkehr vom aktionenrechtlichen Denken prägt¹⁶⁸. In der Nachfolge Windscheids erscheinen eine ganze Reihe von Arbeiten, die diesen Unterschied betonen, sei es, um eine mehr historische Betrachtung der Quellen anzumahnen¹⁶⁹, sei es, um die neue Dogmatik von der «Bevormundung» durch das römische Recht zu befreien¹⁷⁰. Unter

¹⁶⁶ G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas*, in RIDA., 3, 1956, 349-422; zum Streitstand vgl. A. WACKE, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß: Giovanni Pugliese versus Ernst Levy*, in ZRG rom., 109, 1992, 411-449 mwN.

¹⁶⁷ Zur Einbeziehung der Beweisfrage in die juristische Kalkulation vgl. A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses* in ZRG rom., 112, 1995, 1-50; DERS., *Römisches Privatrecht. Rechtsdenken und gesellschaftliche Verankerung*, Darmstadt, 1999, 1-16. Zur Bedeutung der *quaestio facti* vgl. auch U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., bes. 84-89 mwN.

¹⁶⁸ Vgl. B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, bes. 222-232 mit der Forderung 231f.: «verweisen wir die Actionen aus unseren Darstellungen des heutigen Rechts, und stellen sie dahin, wohin sie gehören, in die Rechtsgeschichte. (...) Mögen wir unseren Actionen einen ähnlichen Nachruf nachsenden, wie einst Schiller den Göttern Griechenlands; - aber in's Grab gehören sie doch!».

¹⁶⁹ E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Ius civile*, I, Berlin, 1871, 1-2.

¹⁷⁰ Vgl. v.a. A.S. SCHULTZE, *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung. Grundlinien einer geschichtlichen Auffassung des heutigen Civilprocessrechts*, I, Freiburg, 1883, bes. IV-VI.

anderen Vorzeichen findet sich diese letzte Intention später in der nationalsozialistischen Rechtsdogmatik wieder, für die etwa De Boor eine Abkehr vom «fremdländischen aktionenrechtlichen» Denken der Römer fordert¹⁷¹. So wenig vergleichbar diese Stellungnahmen in ihrer Weltanschauung und juristischen Qualität sind, belegen sie, dass das Etikett «Aktionendenken» ursprünglich nicht als hermeneutische Maxime, sondern als Abgrenzungskriterium diente, um einen Wesensunterschied zwischen römischem und geltendem Recht hervorzuheben. Dort, wo – wie etwa in Frankreich – eine derartige Ablösung vom römischen Vorbild nicht erforderlich schien, fehlt entsprechend der Topos vom «aktionenrechtlichen Denken»¹⁷².

Angesichts des geringen hermeneutischen Nutzens könnte man daher die Frage stellen, ob der Begriff für die Romanistik nicht insgesamt überflüssig ist und daher aufgegeben werden sollte¹⁷³.

Abstract

Il contributo sul tema «I commenti di Celso e Giuliano all'editto *'si certum petatur'* – Osservazioni su processo e 'Aktionendenken'» mette a confronto il modo in cui i due più importanti giuristi dell'età classica – Celso e Giuliano – affrontano, all'interno dei rispettivi *digesta*, il tema della *condictio*. Un tale confronto mostra in modo

¹⁷¹ H.-O. DE BOOR, *Gerichtsschutz und Rechtssystem: Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken*, Leipzig, 1941, vgl. auch H. LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, Hamburg, 1934, 12-14.

¹⁷² Vgl. etwa R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, Paris, 1947, 8: «C'est à l'élément 'engagement' de l'obligation que se rattache plus particulièrement l'action en justice: l'*actio*, tout en étant fondée sur le non-accomplissement du devoir, est le développement de l'activité du créancier, en vue de réaliser effectivement l'assujettissement du débiteur.»

¹⁷³ Zum Nutzen des Begriffs in der modernen Diskussion vgl. aber E. BUCHER, *Für mehr Aktionendenken*, in *AcP.*, 186, 1986, 1-73.

chiaro come la formula e l'aspetto processuale dominino sì la discussione, impostando le questioni degne di discussione. Allo stesso tempo, però, emerge come al singolo giurista restasse ampio spazio per mettere in rilievo gli aspetti che avevano per lui maggiore importanza e per costruire strategie argomentative. Così, Giuliano e Celso non si differenziano solamente nel linguaggio, bensì anche nel concreto modo di argomentare, sebbene vi sia tra i due un accordo sulle strutture dogmatiche di fondo. Questo risultato viene posto dall'A. in contrasto con l'idea del cosiddetto «*aktionenrechtlichen Denken*» tipico dei giuristi romani.